

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE– UNESC
CURSO DE DIREITO**

LARISSA MOREIRA PEREIRA

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E ESTADO FLAGRANCIAL:
UMA ANÁLISE DA GARANTIA DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COM BASE NA
LEI Nº 11.343/2006**

**CRICIÚMA
2019**

LARISSA MOREIRA PEREIRA

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E ESTADO FLAGRANCIAL:
UMA ANÁLISE DA GARANTIA DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COM BASE NA
LEI Nº 11.343/2006**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Me. Alfredo Engelmann Filho.

CRICÚMA

2019

LARISSA MOREIRA PEREIRA

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E ESTADO FLAGRANCIAL:
UMA ANÁLISE DA GARANTIA DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COM BASE NA
LEI Nº 11.343/2006**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 26 de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Mestre - (UNESC) - Orientador

Prof.^aAnamara de Souza - Mestre - (UNESC)

Prof. João de Mello - Especialista - (UNESC)

AGRADECIMENTOS

Chega ao fim de um ciclo para que outros se iniciem. As batalhas que foram travadas nessa etapa aqui se encerram. Deixo para trás tudo aquilo que me fez chorar, ter medo, ficar angustiada, insegura e cheia de incertezas. Durante esta fase houve momentos e situações que me fizeram repensar sobre meu futuro, sobre a profissão que pretendo seguir, sobre a postura que devo ter, sobre o caráter inefável que busco todos os dias aperfeiçoar, e sobre a honestidade que tanto buscamos nesse país.

É em prantos que me recordo de todos os obstáculos que consegui superar durante esta graduação. Houve notas baixas, julgamentos e críticas sobre personalidade, temperamento, altos e baixos em perspectiva emocional, crises existenciais e até síndrome do pânico. Briguei com minha melhor amiga e colega de turma que, por um caso ou acaso do destino, um incêndio trágico e destruidor me devolveu o elo existente entre nós. Teve pessoas entrando e saindo da minha vida como as chuvas de verão, e outras que preferiram ser as quatro estações e ficar durante os anos.

Com o coração cheio de amor e gratidão, lembro das conquistas e dos momentos que entrei em êxtase de felicidade. O primeiro seminário da faculdade, as primeiras audiências, o Tribunal do Júri, a primeira nota dez, os estágios e os excelentes professores que nos ensinaram e despertaram um amor incondicional cada qual com sua matéria e afinidade. E é por essas conquistas e descobertas a que venho agradecer.

Agradeço primeiramente a Deus que me deu o dom da vida e que me proporcionou saúde, sabedoria e discernimento para escolher o caminho da justiça. Agradeço aos meus pais, Leatrice e Rossini que me deram todo amor, carinho, educação, proteção e suporte. Que me entenderam em todas as crises existenciais e me apoiaram desde o início em toda e qualquer decisão que eu tenha tomado. Que secaram minhas lágrimas quando eu só tinha forças pra chorar, que seguraram minha mão e me fizeram perceber que tudo na vida passa, não importa o quão difícil e dolorido seja. Que nunca me deixaram desamparada, e sempre me impulsionaram dizendo que eu era capaz, e eu fui, minha eterna gratidão a eles, que são meu porto seguro.

Não posso em hipótese alguma deixar de agradecer minha irmã, Rafaella, que sempre foi semblante de tranquilidade e calma. Que me abraçou forte, segurou minha mão e juntamente com meus pais secou minhas lágrimas. Ela que sempre me usou como exemplo, mas quem precisa se espelhar nela sou eu. Menina doce, meiga, delicada e com um coração tão grande quanto o mar. Serenidade que, por inúmeras vezes me acalmou somente com um olhar.

Agradeço imensamente ao meu amigo, meu melhor amigo, irmão de coração, colega de trabalho e confidente Pedro, que por vezes não me deixou desistir e que me deu todo apoio e suporte nesses dois últimos anos de graduação no que eu não tinha conhecimento e me corrigiu no que eu estava equivocada, não somente de Direito, mas sobre a vida. Que foi meu segundo orientador nesta monografia, meu psicólogo nas horas vagas, ou não tão vagas, e meu alicerce quando eu não quis transparecer desespero e fracasso aos meus pais e familiares. A ti, dedico parte desta conquista, porque me fazes acreditar todos os dias que outras estão por vir. Aqui também meus agradecimentos aos meus chefes e futuros colegas de profissão, os peritos: Sandro, Rafael, João Pedro, Alexandre e Northon que entenderam minhas faltas e falhas.

Aproveito o ensejo e agradeço ao meu amigo, também colega de trabalho Rafael por me inspirar e acreditar no meu potencial me incentivando e me motivando todos os dias. A minha amiga Daiane, que ficou atenta aos meus dias cinza para me receber com um abraço carinhoso, com palavras de aconchego e com um docinho para elevar minha serotonina. Agradeço ao meu amigo Otávio, e a minha amiga Milena que mesmo não tendo conhecimento nenhum na área jurídica permanecerão ao meu lado e me motivaram a ser melhor, me mostraram o quanto sou capaz e o quanto ainda vou me destacar e sobressair na área que escolhi.

A minha melhor amiga Paula, que me acompanhou desde o primeiro dia de aula e que caminhou comigo até o fim desse ciclo árduo e gratificante. Que irá traçar e conquistar novos objetivos pessoais e profissionais junto a mim porque nossa amizade não será somente até o fim desta fase, mas se fortalecerá pelas próximas batalhas que iremos ter fora da Universidade.

Ao meu amigo, Davi Antônio e a minha amiga Ângela que me acompanharam desde o início do Ensino Médio e mesmo com a distância e correrias do dia a dia estavam sempre presentes para o que fosse necessário, sem medir esforços. Aos meus colegas de turma, Sidnei, Ligia, Jadna, Murilo, Jonas, Greice e

Tanise que tornaram a graduação mais leve e didática dividindo conhecimentos e ajudando uns aos outros. Agradeço também aos meus amigos Romário e Samuel que me incentivaram, me fizeram rir nos momentos mais difíceis desta monografia e que me impulsionaram a ser melhor.

Agradeço principalmente meu orientador, Alfredo Engelmann Filho que pela atenção, dedicação, disponibilidade e sabedoria enriqueceu meu trabalho e otimizou todo o assunto que desejei abordar desde o início. Agradeço por me aceitar como orientanda e por compartilhar seu conhecimento comigo para juntos alcançarmos uma nota a altura do nosso desempenho. Reitero aqui minha imensa admiração, orgulho e felicidade por ter sido sua aluna e também orientanda, e ressalto ainda que minha meta acadêmica se concretiza se eu conseguir ser um terço do mestre e docente que és.

Por fim, agradeço do fundo do meu coração a todos aqueles que me ajudaram e contribuíram para minha formação acadêmica. Agradeço ao meu tio Carlos e minha tia Tânia por me ajudarem a realizar esse sonho. Agradeço a minha vó Efigênia que me colocou em suas orações, a minha Vó Vera que internamente me motivou e ficou torcendo por mim. Ao meu padrinho Aldrin e a minha madrinha Celinha, que estiveram presentes na minha vida desde meu nascimento e aos demais familiares que não foram citados nominalmente, mas que sabem da minha imensa gratidão e apreço.

Aproveito para agradecer a Reitoria da Universidade por todas as oportunidades oferecidas, ao atual coordenador e a vice do Curso de Direito, o professor João Carlos e a Professora Márcia e a todos os professores que nos ensinaram e transmitiram conhecimento para que possamos evoluir como seres humanos e em breve bacharéis e operadores do Direito.

RESUMO

No decorrer do trabalho será apresentado o que os Tribunais têm entendido como fundadas razões e como esta sendo julgados tais incidentes com o intuito de analisar se a prisão está dentro da legalidade ou não. A análise mencionada tem por finalidade relaxar as prisões que não estão de acordo com a lei, e punir nos termos previstos a autoridade que excede de suas prerrogativas em decorrência da função. O objetivo deste trabalho é abordar sobre a violação do domicílio nos casos de flagrante delito, situações de flagrância em crimes que têm crescido gradativamente no cotidiano. Sabe-se que o tráfico de drogas é o maior causador de prisões no Brasil, e cada dia eleva a população carcerária. É necessário que se discuta a configuração dos indícios qualificadores como permissivos do ingresso, e que tais situações sejam justificadas de forma coerente e documentada. A realização do trabalho baseia-se em pesquisa, em doutrina, legislação e análise jurisprudencial nos Tribunais Superiores no período de Maio de 2017 até Agosto de 2018, com o intuito de preservar e resguardar o direito à propriedade e à privacidade do cidadão sempre buscando a melhor interpretação legal da Constituição Federal e compatibilizando a atuação da segurança pública e o preceito constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Tráfico de drogas. Crime Permanente. Consumação. Flagrante.

ABSTRACT

The goal of this paper is to study the home violation in cases of flagrant offense, situations of flagrant crime that grows gradually in daily life. Drug dealing is known to be the biggest cause of arrests in Brazil, and each day increases the prison population. It is necessary to discuss the configuration of qualifying indications as permissive of the home invasion, and that such situations should be justified coherently and documented. In the course of the paper it will be presented what the Courts are understanding as well-founded reasons and how such incidents are being judged in order to analyze whether the prison is legal or not. The purpose of this analysis is to relax prisons that are not in accordance with the law and to punish the authority that exceeds their prerogatives during their functional acts. The work was based on research, doctrine, legislation and jurisprudential analysis with the purpose of preserving and safeguarding the citizen's right of property and privacy, always seeking the best legal interpretation of the Federal Constitution and making the public security actuation compatible with the constitutional precept of inviolability of domicile.

Keywords: Home inviolability. Drug dealing. Permanent Crime. Consummation. Flagrant.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DOMICÍLIO E DIREITO A PROPRIEDADE: PROTEÇÃO LEGAL COMO DIREITO À PRIVACIDADE	12
2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS	13
2.2 CONCEITO DE DOMICÍLIO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	17
2.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E DO DOMICÍLIO	21
2.4 EXCEÇÕES À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	24
3 <i>ITER CRIMINIS</i> E A CONSUMAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS..	30
3.1 TIPOS DE FLAGRANTE: PRÓPRIO, IMPRÓPRIO, PREPARADO E CONSUMADO.....	31
3.2 ESTADO FRAGRANCIAL E CONSUMAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE....	36
3.3 HIPÓTESES E LIMITAÇÕES LEGAIS DE FLAGRANTE DELITO E FLAGRANTE NULO	41
3.4 CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO E SUAS PECULIARIDADES	44
4 DO INGRESSO AO DOMICÍLIO E SUAS LIMITAÇÕES	50
4.1 O FLAGRANTE DELITO COMO PERMISSIVO DO INGRESSO.....	51
4.2 O FLAGRANTE DELITO NOS CRIMES PERMANENTES	54
4.3 O INGRESSO EM DOMICÍLIO NO FLAGRANTE DELITO DOS CRIMES PERMANENTES	58
4.4 AS LIMITAÇÕES DO INGRESSO E DOMICÍLIO EM FLAGRANTE DE CRIMES PERMANENTES	61
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala sobre direitos fundamentais, logo associa-se uma proteção criada pelo legislador para amparar o cidadão quando este se sentir em desvantagem perante a atuação do Estado. Estes direitos não possuem uma origem específica, pois seu crescimento e sua expansão se fundou em marcos no decorrer da história que exigiram a presença de instrumentos que resguardassem os civis, como foi o caso da assinatura da *Magna Carta Libertatum* em 15 de Julho de 1215 pelo então Rei João sem-terra, em acordo com os barões para assim, concederem liberdade aos homens que tinham seus direitos infringidos pelo Estado.

Os direitos fundamentais têm como objetivo oferecer os mais básicos dos direitos aos cidadãos e por ora, possuem semelhança com os direitos humanos tendo como diferenciador seu território e momento de aplicação. Contudo, como houve uma série de direitos inerentes ao sujeito, classificou-se por gerações ou dimensões para distinguir o momento, a forma de aplicação, a hierarquia e a expansão desses direitos.

A primeira geração ou dimensão ficou conhecida por direitos individuais ou negativos, pois tiveram relevância social frente a sociedade tendo o indivíduo uma forma de inibir a atuação exacerbada do Estado, e destacam-se entre eles a liberdade, o direito à propriedade, a liberdade de crença e o direito à vida. A segunda dimensão por consequência, visto que os principais direitos já haviam sido assegurados buscou igualar os indivíduos dando espaço aos direitos sociais, econômicos e culturais. Após estas gerações, desenvolveram-se ainda os direitos de terceira e quarta geração que representam sucessivamente os direitos difusos e coletivos e os avanços tecnológicos.

É comum vincular a violação do domicílio com o abuso da autoridade policial, que via de regra não pode acontecer, mas que permite o ingresso em domicílio, observado as exceções expressamente taxadas na carta política. É indispensável mencionar que a atuação do Governo por meio da polícia ocorre de modo a reprimir e impedir o crescimento do crime, bem como garantir aos seus habitantes uma vida digna de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana além de assegurar todos os seus direitos quando existentes por meio do princípio da igualdade.

O aumento significativo e crescente das prisões em flagrante desperta curiosidade na sociedade pelos motivos e circunstâncias que levam isso a ocorrer. Tal aumento pode se dar porque mais pessoas cometem crimes a cada dia, ou, por outro lado, porque os agentes do Estado têm tido maior atuação nesse tipo de prisão ultimamente. Neste sentido, observa-se que o crescimento de crimes dos quais está se tratando, os permanentes, tem como finalidade, na maioria das vezes, a obtenção de lucro. Contudo, é indispensável mencionar que apesar do crescimento ser num contexto geral de sociedade e mencionar a questão do lucro, conclui-se que tal ação efetuada por agentes policiais busca uma seletividade de pessoas que compõe o sistema penal repressivo, que são os grupos menos favorecidos economicamente, o que afeta e viola o princípio da igualdade.

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988). Desta forma, fica autoexplicativo que sem o consentimento do morador, há apenas duas situações para ingresso no domicílio que são: por determinação judicial com a ressalva de que esta ocorra durante o dia ou em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro sendo estes casos isentos de horário, podendo ocorrer a qualquer tempo não sendo necessária a determinação judicial. Além do conceito de domicílio, é necessário exemplificar o que pode ser considerado objeto da tutela e desta forma a abrangência do termo. Ainda neste tocante vale ressaltar que a violação aqui mencionada não trata apenas da ação estatal, mas também em relação aos particulares. Se faz necessário também, a abordagem dos tipos de flagrante delito, bem como suas hipóteses e previsões legais.

Tendo isto em vista, o objetivo desta monografia é pesquisar a possibilidade de o agente policial violar o domicílio em estado de flagrante a luz da garantia do artigo 5º XI da Constituição Federal em casos de crimes permanentes. Para cumprir com este objetivo, a monografia que segue se divide em três capítulos: sendo um deles fazer a abordagem do conceito de domicílio e de direito à privacidade, examinar sua proteção constitucional e analisar as exceções dessa. O segundo capítulo, já mais voltado ao assunto que se visa discutir e a análise e o debate sobre as individualidades da Lei 11.343/06, objetivando explorar as hipóteses e exceções legais. O terceiro e último capítulo busca relacionar as hipóteses de flagrante em crime permanente como permissivo do ingresso em

domicílio, bem como seus limites e a jurisprudência para assim evitar que ocorra abuso por parte do Estado através dos seus agentes.

A relevância social do estudo do tema é expor e debater sobre a existência de abuso seja ela dos agentes policiais ou particulares, abordar os tipos, como eles ocorrem e em quais circunstâncias se materializam. Examinar até onde vai seu amparo legal, além de reforçar as consequências quando estes agentes vão além do que lhe competem. Ainda, estudar e analisar a jurisprudência no tocante ao assunto e ver qual tem sido o posicionamento dos tribunais quando se constata que não houve indícios para violação de tal garantia.

Para o presente trabalho será utilizado o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses, dissertações e, principalmente jurisprudência por ser um assunto muito polissêmico, pois trata de crimes permanentes e sua consumação prolongada no tempo permite o flagrante a qualquer tempo enquanto estiver perdurando o delito.

2 DOMICÍLIO E DIREITO A PROPRIEDADE: PROTEÇÃO LEGAL COMO DIREITO À PRIVACIDADE

A garantia assegurada no artigo 5º, XI da CF/88 tem impacto social mundial observada a reprimenda no texto constitucional que assegura ao indivíduo sua privacidade que é conhecida também pelo termo *“my home is my castle”*. Como a frase dispõe, por ser a casa considerada o próprio castelo do indivíduo é de extrema relevância que nela ele possa exercer de forma plena sua liberdade nos termos que lhe couber, sem intervenção de terceiro (SARLET, 2016, p.452).

A doutrina admite possibilidade denominada como cláusula de reserva jurisdicional que permite o ingresso em domicílio durante o dia, sem anuência do proprietário que é ato exclusivo de competência dos Órgãos do Poder Judiciário (MORAES, 2014, p.50-51).

A reprimenda da intimidade e privacidade do domicílio é constantemente debatida por se tratar de princípio fundamental regido de acordo com o dispositivo 5º e seus incisos da ilustre Constituição Federal que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Desta forma, o inciso remete a importância da cláusula de reserva jurisdicional que tem suas ressalvas sustentadas pelo mesmo artigo, com as hipóteses de ingresso no domicílio em determinadas situações de emergência, ou os casos de flagrante delito, ou ainda, o ingresso feito também por autoridade policial nos casos que houver determinação judicial¹.

A CF/88 destaca, como direito fundamental, o direito de todos sobre sua propriedade, de forma que seja garantido a este o domínio de usar, gozar e dispor de seu bem, além do fato de que a propriedade deverá atender à sua função social, conforme verifica-se nos incisos XXII e XXIII do art. 5º: “XXII - é garantido o direito

¹ Art. 5º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, 1988).

de propriedade;XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]” (BRASIL,1988).

Assim, por se tratar de direito fundamental, e de primeira geração, são direitos e garantias individuais, além de direitos políticos clássicos, garantidos pela Magna Carta (MORAES, 2014, p.29).

2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Em que pese não tenha sido o primeiro documento a dispor de tal assunto, foi na Inglaterra, na Idade Média, mais precisamente por volta do século XIII onde houve a primeira referência documentada que significou um avanço nos estudos da evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Refere-se a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado entre o Rei João sem Terra, em 1215 com os bispos e barões ingleses. Este título, apesar de visar garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais serviu como ponto de referência para consolidar alguns direitos e liberdades civis clássicas, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Anterior a este documento, houveram as chamadas cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis (SARLET, 2016, p.307).

O processo de constitucionalização dos direitos do homem seguiu a mudança de concepção do Estado de Direito que, partindo de uma compreensão estritamente liberal e individualista do homem, passou a compreendê-lo a partir de seu contexto social, econômico e cultural. Trata-se justamente de uma mudança radical do papel do Estado na vida em sociedade que além de garantir os direitos de liberdade, passa a ser compreendido enquanto promotor do bem-estar social permitindo a necessária correção das desigualdades econômicas e sociais (LOBATO, 1998, p. 142).

Tinha como finalidade o estabelecimento do *modus vivendi* entre os reis e os barões e regulamentava o reconhecimento de certos direitos de supremacia prestados ao rei que era revertia em direitos de liberdades denominados estamentais, como foram consagrados nas cartas de franquia (CANOTILHO, 2003, p.383).

Para interiorização e aceitação da dimensão que esses direitos devem atingir, Canotilho(2003, p. 377) leciona:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva de direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário sinalizar a positivação de fundamental *rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os 'direitos do homem' são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política.

O surgimento de um novo direito constitucional teve como marco histórico o constitucionalismo pós-guerra que ocorreu principalmente na Alemanha e na Itália. Após isso, ocorreu na segunda metade do século XX, a reconstitucionalização da Europa que redefiniu o lugar da Constituição e a sua influência. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia, segundo Barroso (2015, p.279) produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito.

Os direitos individuais são uma classe de todos os direitos entendidos como fundamentais no âmbito constitucional. Para Bulos (2014, p. 404):

os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente do credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Ainda em relação aos direitos do homem, Canotilho (2003, p. 393) estabelece:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos e direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídicos institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

O marco do surgimento dos direitos individuais na história do Brasil sem antecedentes foi o artigo 5º da Constituição Federal que tinha como finalidade a proteção do indivíduo contra a atuação do Estado. Após a 2ª Guerra Mundial que teve um cenário controlador e abusivo, a Constituição Federal de 1988 teve de ser modificada e alterada diversas vezes para garantir dignidade aos cidadãos, que

viveram anos sob a perspectiva de “manda mais quem bate mais” no conflito militar. Contudo, é exigido dos aplicadores do direito que estes tenham ciência sobre a eminência das garantias individuais, em especial, as fundamentais que estão transcritas na Constituição Federal, pois eles embasam a cobrança da postura da autoridade policial que infringir a citada arguição (AMARAL, 2012, p. 167).

Como leciona Bonavides (2015, p. 561):

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Por vezes, é necessário salientar sobre o direito individual que resiste as diversas formas de opressão e garante a liberdade do indivíduo. Análogo a este posicionamento, na classificação dos direitos, a resistência, a segurança, a igualdade, a propriedade e a liberdade são consideradas direitos de primeira geração que são nomeados negativos por serem direitos oponíveis ao Estado (WOLKMER, 2016, p. 24).

A declaração dos direitos do Homem, ainda que especifique no tocante aos direitos individuais tratou de garantir, sem exceção ou peculiaridade que estes se estendam e alcancem todos os seres humanos. Com isso, o cidadão passou a exercer prerrogativas que são de pessoas, próprias e conaturais como a liberdade que é direito natural e intangível de pensamento e exteriorização do pensamento, podendo e devendo se desenvolver fisicamente, intelectualmente e moralmente. Desta forma, subjetiva-se que se todos são iguais em direitos e deveres, possuem a mesma natureza, obviamente são livres e adequados perante o alcance de vantagens e desvantagens. Os direitos individuais, automaticamente adquiridos ao nascimento, são direitos intangíveis, inalienáveis, imprescritíveis não admitindo irreduzibilidade desses de forma individual ou coletiva como forma de submeter-se ao convívio em sociedade e sujeitar-se ao controle do Estado (FERREIRA FILHO, 2007, p.16).

Com a inclusão no mundo jurídico das normas constitucionais tidas como fundamentais, houve ainda a ramificação desses direitos, separando-os por

gerações ou dimensões. Nestes termos, Gilmar Mendes (2009, p.234) se posicionou da seguinte forma:

A evolução dos direitos fundamentais se deu em três gerações sendo a primeira delas abrangente aos direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. Foram os primeiros a serem positivados e por conta disto, tornaram-se direitos de primeira geração e estas visavam fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária as expansões do Poder, traduzindo-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigação de não fazer, não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo e algumas dessas conquistas são: as liberdades individuais, a inviolabilidade de domicílio e a liberdade de culto e de reunião. Já a segunda geração, foi chamada de geração dos direitos sociais, não porque são direitos coletivos, mas por serem ligados a reivindicações de justiça social, porém, na maioria dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. Assim, os direitos de terceira geração compreendem a titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos como a manutenção da paz, o desenvolvimento, a qualidade do meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico e cultural.

Não obstante, Bulos (2014, p.406) descreve as gerações dos direitos fundamentais como períodos que demarcaram a evolução da liberdade pública e como forma de dar melhor entendimento agruparam os direitos dando a eles quatro gerações: os de primeira geração, aqueles que inauguraram o florescimento dos direitos e garantias individuais que foram conhecidos como direitos negativos e buscam limitar a forma de atuação do Estado. Os direitos de segunda geração que advém após a primeira grande guerra estão relacionados à igualdade entre os homens: direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva e que exigem atuação direta do Estado; Os direitos de terceira geração estão ligados às idéias de fraternidade e solidariedade, estritamente vinculadas ao desenvolvimento, progresso, ao meio ambiente e Autodeterminação dos povos e, ainda, o direito de propriedade sobre os bens comuns da humanidade e aos direitos de comunicação: são transindividuais e se destinam à proteção do gênero humano; por fim, como resultado da globalização, surgem os direitos de quarta geração, que compreendem o direito à democracia, direito à informação e respeito às várias formas de reconhecimento do Direito, o pluralismo e alteridade.

Destarte, a distinção criada entre gerações é uma mera quantificação com o objetivo de situar os diferentes momentos da história que desenvolveram e estabeleceram diversos direitos divergentes.

2.2 CONCEITO DE DOMICÍLIO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Constitucionalmente, o conceito de domicílio é muito mais amplo do que no direito privado e não se limita apenas à residência ou local com intenção de permanência. Considera-se domicílio toda habitação delimitada e separada, que é de ocupação exclusiva de alguém, independente da finalidade, incluindo ambientes profissionais (MORAES, 2014, p. 49).

A delimitação do espaço físico determinado como domicílio é o ambiente onde o indivíduo deve desfrutar de sua privacidade, tendo sua intimidade resguardada conforme prevê a lei, não devendo este sofrer a interferência de terceiros, sendo assegurada sua tranquilidade a vida privada. É o espaço físico onde o indivíduo deve poder fruir de sua privacidade nas suas diversas manifestações, da forma mais ampla possível (MENDES, 2009, p. 387).

Neste sentido, destaca-se:

Assim, a casa (domicílio) que constitui o objeto de proteção da garantia da inviolabilidade consagrada pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (apartamento de habitação coletiva), são considerados abrangidos pela proteção constitucional. O caráter temporário e mesmo provisório da ocupação, desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois esta, como já frisado, busca em primeira linha assegurar o direito à vida privada (SARLET, 2016, p.456-457).

Ressalta-se que o espaço não se limita somente ao escritório de trabalho como também ao estabelecimento industrial e o clube recreativo, pois o domicílio coincide com o espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual a pessoa ou seus titulares pretendem normalmente excluir da presença de terceiros (MENDES, 2009, p.388).

Para o STF, a garantia amparada pelo inciso XI, do artigo 5º da CF abrange qualquer compartimento habitado, qualquer apartamento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade, o que leva ao entendimento de que domicílio é todo lugar privativo, ocupado por alguém de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo habitual (MENDES, 2009, p.388).

Embora seja um único objeto de tutela, o domicílio alcança proteção constitucional que recai sobre uma situação jurídica consubstanciada pelos direitos de personalidade e diretamente ligada à proteção da intimidade. Com isso, o posicionamento do STF, em relação ao conceito de “casa” abrange qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (AMARAL, 2012, p.185).

Em consonância com o STF, Moraes (2014, p.56) afirma que a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar “abrange todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservaram-se, mediatamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo”.

Gilmar Mendes (2009, p. 389) ainda sobre o assunto exemplifica que

o lugar fechado em que o indivíduo exerce atividades pessoais está abrangido pelo conceito de domicílio. Esse lugar pode ser o da residência da pessoa, independentemente de ser própria alugada ou ocupada em comodato, em visita, etc. É irrelevante que a moradia seja fixa na terra ou não (um trailer ou um barco, podem qualificar-se como protegidos pela inviolabilidade de domicílio). Da mesma sorte, o dispositivo constitucional apanha um aposento de habitação coletiva(quarto de hotel, pensão ou de motel...). Não será domicílio a parte aberta às pessoas em geral de um bar ou de um restaurante.

Para Nucci(2017, p.481) o domicílio deve ser interpretado com maior amplitude possível, pois se equipara domicílio à casa ou habitação, isto é, “ao local onde a pessoa vive, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais”. Serve, ainda:

[...] para os cômodos de um prédio, abrangendo o quintal, bem como envolve o quarto de hotel, regularmente ocupado, o escritório do advogado ou de outro profissional, o consultório do médico, o quarto de pensão, entre outros lugares fechados destinados à morada de alguém (NUCCI, 2017, p. 481).

Dessa forma, tem-se que a proteção constitucional refere-se à intimidade da pessoa, exercida no local considerado como “moradia”. Nesse contexto, destaca Vitor (2017, p. 08):

Será na moradia do indivíduo, assim designando qualquer lugar, ainda que de permanência temporal, mas sempre privado, onde a pessoa terá

condições de exercer sua intimidade. E será no exercício de sua intimidade que desenvolverá sua personalidade e as respectivas potencialidades latentes, que a ninguém mais interessam, senão a essa mesma pessoa. Tal exercício é que permitirá a esse indivíduo encontrar a felicidade: ser uma pessoa feliz, objetivo de todo ser humano. E sendo feliz, melhor interagir com a sociedade, sendo um cidadão voltado à práticas socialmente benéficas e produtivamente edificantes.

Referente à vida privada e domicílio, Silva (2014, p. 208) prefere usar a expressão “direito à privacidade”, no sentido genérico e amplo que possa englobar todas as manifestações da esfera íntima, privada e de personalidade, já consagrados pelo texto constitucional, como:

[...] conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo (SILVA, 2014, p. 208).

Para melhor compreender a garantia a qual se menciona no decorrer deste trabalho é necessário que se faça uma breve e sucinta análise do julgado a seguir, ressaltando que a análise jurisprudencial será abordada mais adiante de forma mais detalhada e exemplificativa.

No julgamento do Habeas Corpus nº 415.332, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Desembargador ao votar pela concessão do HC no Superior Tribunal de Justiça resalta que a garantia da inviolabilidade domiciliar amparada na Constituição Federal é exceção quando o contexto dos fatos anteriores a invasão anuir uma conclusão acerca da ocorrência do crime no interior da residência. O ministro ainda mencionou que o Supremo Tribunal Federal ao analisar casos de repercussão geral concluiu que é possível a entrada em residências sem mandado, inclusive no período noturno, desde que a entrada seja amparada por fundadas razões (ROVER, 2018).

Neste contexto, o Ministro Rogerio Schietti Cruz (*apud* ROVER, 2018), explica:

Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da existência de entorpecentes no interior da residência (aliás, não há sequer menção a informações anônimas sobre a possível prática do crime de tráfico de drogas pelo autuado).

Portanto, a mera intuição sobre possível traficância após a fuga não gera margem para possível abordagem em via pública, esta não configura por si só, não abre margem para a autoridade ingressar em domicílio alheio sem o consentimento ou sem determinação judicial. A falta de justificativas e elementos probatórios pode fragilizar e tornar inconstitucional as abordagens, atingindo o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar (ROVER, 2018).

A decisão é da 6ª Turma do STJRecurso Ordinário em Habeas Corpus nº 104682/MG:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". 2. A inviolabilidade de sua moradia é uma das expressões do direito à privacidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige. 3. O ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. O STF definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 5. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 6. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar a casa em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso na moradia alheia a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência. 7. Na hipótese sob exame, verifica-se que: a) durante as diligências da referida ocorrência, foi acionado a equipe de policiais com cães, ocasião em que um dos animais "entrou na residência de número 54, que estava com a porta aberta indo diretamente ao fogão sinalizando que encontrara algo ilícito"; b) após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (20 gramas de maconha, distribuídas em 14 buchas, além de 1 porção, bem como de 24 gramas de cocaína, distribuídas

em 87 invólucros). 8. Em nenhum momento foi explicitado, com dados objetivos do caso, em que consistiria eventual atitude suspeita por parte do acusado, externalizada em atos concretos. Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da existência de entorpecentes no interior da residência (aliás, não há sequer menção a informações anônimas sobre a possível prática do crime de tráfico de drogas pelo autuado). 9. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a permitir o ingresso em seu domicílio, sem seu consentimento - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial. 10. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é nula a prova derivada de conduta ilícita. 11. Recurso provido a fim de conceder a ordem, de ofício, para determinar o trancamento do processo. (RHC 104.682/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019) (BRASIL, 2018a)

Percebe-se, então, que domicílio é todo e qualquer compartimento habitado e ocupado privativamente por alguém, ainda que sem caráter definitivo habitual.

2.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E DO DOMICÍLIO

Antes de qualquer análise doutrinária e jurisprudencial, necessário destacar que o principal dispositivo que fundamenta esse tópico está amparado no artigo 5º, X e XI da CF/88, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, 1988).

Como são direitos invioláveis, Silva (2014, p.209) esclarece que:

Ao estatuir que a casa é asilo inviolável do indivíduo, a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só

ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade nas relações familiares, as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos.

Para Sarlet (2016, p.457-458) os titulares da garantia da inviolabilidade são, em princípio, “tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas, visto que se cuida de direito compatível com a sua condição”. Se tratando de pessoas físicas a titularidade desta garantia se estende a todos os membros da família que residem no local, e todos aqueles que habitem ou exerçam atividade no local, compreendendo também os presos e internados que nos limites de sua internação ressalvadas as eventuais intervenções previstas em lei. Ressalta Sarlet (2016), ainda, que a titularidade do direito à inviolabilidade do domicílio não depende de condição de proprietário, é necessário somente a posse provisória, que tem como exemplos o quarto de hotel e a barraca instalada num camping. Nessa linha de raciocínio é indispensável mencionar que da forma que estes não precisam ser proprietários para serem contemplados com a garantia, cabe também a eles, em contrapartida, a faculdade de autorização quanto ao ingresso de terceiros, com a condição de que sejam maiores e capazes para que não haja conflito na decisão da autorização do ingresso na casa com o respectivo dono ou representante legal.

No âmbito das pessoas jurídicas, Sarlet (2016, p. 457-458) define que “a inviolabilidade alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a intromissões de terceiros”, abrangendo desta forma, “os espaços físicos onde se situam os centros de direção da sociedade” e onde são respectivamente guardados documentos e outros bens que pessoas determinadas tem acesso, não chegando ao alcance de outras pessoas físicas ou jurídicas.

Moraes (2014, p.56) exemplifica que a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar abrange todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservaram-se, mediatamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo. Os direitos à intimidade e a vida privada garantem uma salvaguarda ao espaço íntimo intransponível e contra flagrantes arbitrariedades.

A inviolabilidade domiciliar condiciona-se a reserva de jurisdição, nestes termos, a possibilidade de invasão domiciliar, durante o dia, sujeita-se a denominada cláusula de reserva jurisdicional, consistente na expressão previsão constitucional de competência exclusiva dos Órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos(MORAES, 2014,p.58).

Nesse sentido, somente as autoridades judiciais podem praticar atos inerentes à jurisdição e, desta forma, buscas e apreensões só podem ser obtidas mediante mandado judicial (BULOS, 2014, p. 444).

Assim, em relação aos crimes permanentes, ocorre a desnecessidade do mandado judicial como forma de preservar os indícios constitutivos do crime e evidenciar a ilicitude das provas encontradas na busca e apreensão com o objetivo que elas não desapareçam. Para isso, o Superior Tribunal de Justiça no HC 188.195 entende que é lícita e constitucional a entrada no domicílio quando presentes os indícios do flagrante como forma de preservação da ordem pública (BRASIL, 2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECEPÇÃO. ALEGADANULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA.FLAGRANTE DE CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DEMANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. ORDEMDENEGADA. 1. O paciente foi acusado da prática de delitos de natureza permanente, quais sejam, tráfico de entorpecentes e receptação na modalidade “ocultar”. 2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a apreensão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina jurisprudência. 3. Ordem denegada (STJ – HC: 188195 DF 2010/0193763-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 27/09/2011, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 28/10/2011)(BRASIL, 2011).

Nucci (2017, p. 481) esclarece que, conforme o art. 5º, IX, da CF/88, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, razão pela qual as buscas domiciliares, no âmbito processual penal, somente poderão ser feitas nas seguintes situações: a) durante o dia, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante a noite, com ou sem mandado judicial, mas com autorização do morador; d) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador. E complementa que as demais ocasiões constitucionais não se destinam ao processo penal, que são desastre ou prestação de socorro.

Complementa Sarlet (2016, p.454-455) que:

A evolução da proteção do domicílio na esfera do direito constitucional e comparado acabou influenciando significativamente o constituinte de 1988. De acordo com o artigo 5º, XI, da Constituição Federal, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Muito embora a Constituição não tenha utilizado a expressão “domicílio”, substituindo-a por “casa”, os termos hão de ser tomados como equivalentes, pois a proteção do domicílio, em que pese alguma variação encontrada no direito comparado no que diz com sua amplitude e eventuais pressupostos para sua restrição, é tomada em sentido amplo e não guarda relação necessária com a propriedade, mas sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais.

2.4 EXCEÇÕES À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A inviolabilidade domiciliar tem como princípio a proteção do homem e busca inibir a atuação exacerbada do Estado, bem como a interferência de terceiros não possuidores ou detentores deste direito por tratar-se de direito fundamental de primeira geração. Todavia, cumpre destacar que não existe proteção absoluta, pois o mesmo artigo que dispõe ser a casa asilo inviolável, prevê as exceções constitucionais.

Embora o rol seja taxativo, possui eficácia contida e abre margem para a discricionariedade da autoridade policial ou judiciária. Assim, Bertolo (2003, p.127) leciona que:

[...] a inviolabilidade de domicílio é uma norma constitucional de eficácia contida, pois o magistrado poderá restringi-la, autorizando a invasão, ato este considerado constitucional, e como consequência, a casa não terá proteção integral para ser invadido não precisa de regulamentação infraconstitucional, mas o fato de a Constituição reconhecer ao magistrado a possibilidade de autorizar a entrada na casa deixa evidente que a eficácia foi contida pela reserva judicial.

Ainda que previstas as exceções, houve necessidade de processo extensivo para se ajustarem às hipóteses previstas pelo código de penal e neste sentido Bitencourt (2015, p. 1136) dispõe que as excludentes constitucionais são as previstas no art. 5º, inc. XI, da Constituição, em que ela própria estabelece exceções que autorizam a intervenção no recesso do lar, independente da vontade de quem de direito, desde que cumpridas as formalidades legais e constitucionais. Já es

excludentes gerais são aquelas previstas na parte geral do CP, em seu art. 23, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

Antes de analisar-se as hipóteses constitucionalmente previstas, necessário enfatizar, conforme Bitencourt (2001, p. 467-469) que os verbos nucleares “entrar” ou “permanecer” previstos nos tipos objetivos significam:

“entrar” significa introduzir-se, penetrar, ingressar ou até mesmo invadir. O verbo “permanecer” significa ficar, continuar, conservar-se dentro. A permanência pressupõe a entrada lícita, incriminando-se a recusa em sair: o sujeito ativo entra licitamente, mas insiste em ficar contra a vontade de quem de direito.

Contudo, esclarece Bitencourt (2001, p. 467-469) que “nada impede, porém, que o sujeito ativo entre astuciosa ou clandestinamente, isto é, de forma ilícita”, e, uma vez descoberto, se recuse a sair, contrariando a vontade e determinação de quem de direito.

Isso porque:

Tanto a entrada quanto a permanência somente configurarão o crime se afrontar a vontade de quem detém o direito de exclusão ou de permissão. Essa contrariedade pode ser presumida, expressa ou tácita. É irrelevante o motivo do dissenso da entrada ou permanência em casa alheia, basta que ele exista (BITENCOURT, 2001, p.467-469).

Já o tipo subjetivo desse crime é o dolo, “representado pela vontade livre e consciente de entrar ou permanecer em casa alheia, contra vontade dos moradores. Convém reforçar, que o agente tenha conhecimento do dissenso de quem de direito e de que se trata de casa alheia”(BITENCOURT, 2001, p. 467-469).

Ou seja, se o sujeito que entrar de forma imprudente ou negligente na casa de terceiros confundindo-a com a sua, não pratica crime algum, por lhe faltar os elementos subjetivos do dolo. Quando o crime for praticado por funcionário público, uma espécie de crime próprio, o dolo deve ser integrado pelo conhecimento de que abusa dos poderes inerentes à função pública exercida, ou que não observa as formalidades prescritas em lei, ou, ainda, que abusa de poder para entrar ou permanecer em casa alheia (BITENCOURT, 2001, p.467-469).

Desta forma, Gilmar Mendes (2009, p. 390-391) leciona que as exceções trazidas pela Constituição Federal, não são absolutas e “permitem ingresso em domicílio a qualquer horário em caso de flagrante delito”. Assim, torna proibida a

invasão da polícia, quando em perseguição ao agente que acabou de praticar o crime, e se abriga em casa, no caso de flagrante quebrado. “É válido também, em qualquer instante, o ingresso, independentemente de consentimento, em caso de desastre ou para prestar socorro. Classifica-se como desastre, o estado calamitoso provocados por força da natureza ou circunstâncias alheias a vontade do agente, como por exemplo, inundações, deslizamentos de terra ou incêndio. São situações que colocam em risco a saúde ou a vida de quem se encontra em recinto protegido constitucionalmente. Nessas circunstâncias, não há que se questionar a respeito da autorização, pois a finalidade é salvar a vida de quem sofre perigo.

A prestação de socorro, também possui previsão constitucionalmente como exceção à inviolabilidade do domicílio. Não é qualquer auxílio que legitimará a entrada em domicílio alheio sem a devida autorização. Configura-se, quando em casa alheia, alguém esteja correndo sério risco e não se tenha como obter a permissão da entrada. Se puder manifestar o pedido de ajuda, estará autorizando a entrada no domicílio (MENDES, 2009).

Outra hipótese prevista constitucionalmente, sem previa autorização é para prestar socorro. Esse socorro pode não estar ligado diretamente a acontecimento calamitoso. Tampouco será qualquer pretexto de auxílio que legitimará a entrada de pessoa não autorizada em domicílio alheio. É indispensável, nessa situação, que o risco seja visível e que no momento da invasão por terceiros não haja a possibilidade de obter permissão para entrada. Além dos casos acima, a transposição dos limites da casa de outrem sem o consentimento do morador somente pode ocorrer nas hipóteses autorizadas pelo Judiciário. E, ainda, sempre durante o dia (MENDES, 2009, p.390-391).

Outra exceção prevista constitucionalmente, é que se pode entrar no domicílio durante o dia, por determinação judicial. A doutrina não é unânime quanto à compreensão da expressão “dia” e a extensão do período diurno para proteção domiciliar. Parte dos doutrinadores defende o aspecto físico-astronômico, em que dia é definido pela luz solar (MENDES, 2009, p. 434).

A Constituição Federal, porém, estabelece exceções à inviolabilidade domiciliar. Assim, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda durante o dia, por determinação judicial. O Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 1637258/RJ (2016/0296965-7) decidiu que mesmo sendo a

casa asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam. [...] A violação do domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém, somente nas hipóteses constitucionais que são: a) Durante o dia: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. Somente durante o dia, a proteção constitucional deixará de existir por determinação judicial; b) Durante à noite: flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro (MORAES, 2014, p. 57).

É necessário destacar que quando o ingresso é autorizado pelo titular ou nas hipóteses de alienação do imóvel ou rescisão do contrato de locação ou arrendamento, não se trata de intervenção no âmbito da proteção nem violação do domicílio, uma vez se deu com o livre consentimento descaracterizando o caráter coercitivo, mas frisa o autor:

De qualquer modo, presente o livre e pessoal consentimento do titular do direito, não há que se falar em violação do domicílio, independentemente de o ingresso ocorrer no horário diurno ou noturno. O consentimento, além disso, não necessita ser expresso nem por escrito, mas há de ser prévio e inequívoco (MORAES, 2014, p. 57).

No que tange ao consentimento livre, explica Sarlet (2016, p. 458-459).

Já pelo fato de ser exigido o consentimento livre e prévio do titular do direito, eventual recusa em permitir o ingresso de autoridade estatal, a não ser no caso das hipóteses excepcionais previstas no artigo 5º, XI, da CF (flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou ordem judicial), que afasta a configuração do delito de resistência ou desobediência.

No período compreendido por noite, só será permitida a entrada sem o consentimento do morador nas seguintes hipóteses: flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. Isso porque essas exceções constitucionais, que referem-se ao flagrante, incidentes graves, inundações, incêndios, onde a intromissão domiciliar demonstra-se útil, buscam proteger o maior de todos os bens: a vida e tem amparo legal com a observação de trata-se de eventos inesperados, admitindo o ingresso imediato (RODRIGUES, 2011, p. 5-6).

Nos casos que ocorra conflito entre os titulares de direito no âmbito de gênero, Grotti (1993, p.108) ressalta que havendo mais de um titular, a autorização cabe ao chefe da casa, ressalvada a previsão do art. 226, § 5º, CF/88, que estabelece a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal. E em igualdade de condições, as divergências devem ser resolvidas em favor da proibição de ingresso ou de permanência na casa.

Não é necessário o consentimento do morador em caso de desastre, pois desastre tem sentido de acontecimentos calamitoso, de que fazem exemplos a inundação, o deslizamento de terras e o incêndio. Trata-se do episódio que ameaça e põe em risco a saúde ou a vida de quem se encontra no recinto protegido constitucionalmente. Nesses casos, o domicílio pode ser invadido para salvar quem sofre o perigo. Permite-se, também, o ingresso na casa alheia para que quem está fora possa salvar-se de um desastre, como no evento em que o indivíduo rompe a parede de prédio contíguo para escapar de incêndio no seu próprio edifício (MENDES, 2009, p. 433-434).

Tão importante quanto tudo o que foi dito, é imprescindível que se mencione sobre a validade da prisão em flagrante após a constatação de crime permanente como os casos de tráfico de drogas, quando o ingresso no domicílio é abusivo. Nucci (2017, p.490) exemplifica ser questão controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sem se saber, com certeza, se a invasão foi injustificada, sem mandato ou denuncia de flagrante para legitimar a descoberta da prática do crime que ocorre no interior do domicílio, no caso, armazenamento de entorpecente.

Cremos que o caso concreto é o melhor fator de discernimento para a solução do aparente impasse. Se a polícia tem algum tipo de denúncia, suspeita fundada ou razão para ingressar no domicílio, preferindo fazê-lo por sua conta e risco, sem mandado (porque as vezes a situação requer urgência) pode ingressar no domicílio, mas a legitimidade de sua ação depende da efetiva descoberta do crime. Do contrário, pode-se caracterizar o crime de abuso de autoridade ou mesmo infração funcional. (NUCCI, 2017, p.490).

Ainda, ressalta-se:

O agente policial, no entanto, agir em gritante desrespeito à inviolabilidade de domicílio de pessoa, que nem sequer provoca suspeita, está cometendo, logo de início, um crime, razão pela qual deve ser por isso punido. A prova colhida no interior da casa, no entanto, caso seja encontrada a droga, segundo nos parece, é lícita, pois a infração penal estava em andamento, justificando a prisão e a punição do delinquente. Difere esta situação da obtenção da prova por meios ilícitos, pois nesse caso a polícia termina impedindo a ocorrência de um delito em franco desenvolvimento [...] Quando a autoridade policial tortura o preso para que confesse, mesmo que obtenha elementos significativos para a investigação e prova, devem esses dados ser considerados ilícitos, diante da sua origem viciada. Note-se que, na hipótese da tortura, comete a autoridade policial um crime para descobrir um pretérito, o que é bem diferente de praticar um abuso de autoridade, mas terminar impedindo a continuidade da consumação de outro. Na primeira situação, onde ocorre a tortura, o réu ou indiciado não mais praticava ilícito algum, quando sofreu violência. No segundo caso, onde

houve crime permanente descoberto por acaso, havia o desenrolar de uma atividade criminosa, que cessou graças à interferência policial (NUCCI, 2017, p. 490).

Nucci (2017, p.490) conclui, então, que nos casos de invasão ilegal de domicílio e, neste momento, havendo a descoberta de crime permanente em desenvolvimento, deverão se punidos tanto o policial quanto o agente do crime, o primeiro por abuso de autoridade e o segundo pelo crime cuja ação foi interrompida.

3ª ITER CRIMINIS E A CONSUMAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

O artigo 14 do Código Penal prevê o momento em que ocorre a consumação das infrações penais e visa delimitar o que vem a ser a consecução do crime.

Art. 14 – Diz-se o crime:

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único – Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços (BRASIL, 1940).

No que se refere ao desenvolvimento da ideia do crime para passar a execução, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p.13) explicam:

Desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor. A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou ‘caminho do crime’, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.

Greco (2014, p.253) ao tratar do *iter criminis*, o descreve em duas fases: a interna e a externa. A fase interna é aquela que o agente planeja mentalmente o resultado e escolhe os meios para utilização na prática da infração, assim como os efeitos que resultarão dos meios por ele escolhido. A fase externa ocorre posteriormente ao planejamento, é conhecida como a execução, a exteriorização da conduta de acordo com o premeditado na fase interna.

Apesar de possuir duas fases, o *iter criminis* é composto por uma série de etapas que envolvem os seguintes verbos: cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento. A cogitação é tudo aquilo que o agente mentalmente idealiza, formas que pretende executá-la e resultados que serão atingidos, mas tudo planejado mentalmente, de forma interna. Finda a cogitação, o agente começa a preparação com o intuito de obter êxito na empreitada criminosa, seleciona os meios a produzir o resultado, lugar para realização dos atos para partir para a execução do crime. Nesta fase de execução, é indispensável mencionar que podem ocorrer duas

situações: “o agente consuma a infração penal por ele pretendida inicialmente ou, em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade, a infração não chega a consumir-se, restando, portanto, tentada” (GRECO, 2014, p.254).

3.1 TIPOS DE FLAGRANTE: PRÓPRIO, IMPRÓPRIO, PREPARADO, FORJADO, ESPERADO...

Embora por flagrante se deva entender “a relação de imediatidade entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento pelo homem”(OLIVEIRA, 2014, p. 532), o artigo 302 também engloba situações em que não é mais possível falar-se em ardência, crepitação ou flagrância, expressões geralmente utilizadas na doutrina a partir da expressão latina *flagrare*.

Destaca Capez (2014, p. 320):

O termo flagrante provém do latim “*flagrare*”, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. É, portanto, medida restritiva da liberdade, independente de ordem escrita ou juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.

Távora e Alencar (2014, p.714) ainda complementam:

Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização.

Contudo, os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

Greco Filho (2013, p.303) menciona as duas justificativas para que ocorra a existência da prisão em flagrante e classifica como “a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova”. Além de dispor que:

[...] qualquer infração penal, em princípio, admite a prisão em flagrante, ainda que em algumas delas haja dificuldades práticas de efetivação. Nos crimes permanentes, o agente encontra-se sempre em estado de consumação e, conseqüentemente, em flagrância. Nos crimes habituais, se o ato flagrado revela a conduta habitual, é possível a prisão (GRECO FILHO, 2013, p. 303).

De acordo com Rangel (2010, p. 761), “o fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar provisória da prisão, a análise de um juiz de direito”.

Por outro lado, enfatiza Nucci (2017, p. 551):

assegura-se, prontamente, a colheita de provas de materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade conforme o artigo 5º, LXV da Constituição Federal. Ressalta-se, no entanto, que, analisada e mantida pelo juiz, passa a ter conteúdo jurisdicional, tanto que a autoridade coatora é o magistrado que a sustentou, tão logo dela teve conhecimento (NUCCI, 2017, p.551).

O Código de Processo Penal tratou da prisão em flagrante no artigo 302 que dispõe:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I – está cometendo a infração penal;
II – acaba de cometê-la;
III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1940).

Assim, Bonfim (2013, p.404) dispõe que a prisão em flagrante é permitida pela Constituição Federal (artigo 5º, LXI), portanto:

[...] compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, a prisão em flagrante não depende de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, tendo, por isso, caráter administrativo. Entretanto, a fim de evitar abusos, a prisão em flagrante deve ser ato cercado de formalidades legais conforme prescritos nos artigos 304, 305, 306 e 307 do Código de Processo Penal. Eventual irregularidade do auto de prisão em flagrante invalida apenas a prisão, não contaminando a posterior ação penal, desde que a prova do delito tenha sido obtida lícitamente.

Ainda, na mesma obra, Bonfim (2013, p.405) classifica as etapas: captura, lavratura do auto e custódia. A captura é o momento em que a pessoa se encontra em uma das situações de flagrante estabelecidas pelo artigo 302 do CPP. A lavratura do auto trata-se da apresentação do capturado à autoridade competente

para verificação dos requisitos legais para efetuar a prisão, concretizando-se a prisão que passa a constituir um título de custódia provisória, o qual servirá como peça inicial do inquérito policial posteriormente instaurado para verificação dos atos que ensejaram a prisão.

Após esta breve síntese sobre a prisão em flagrante é necessário que se aborde os sujeitos deste ato. Capez (2014, p.325) usa as expressões sujeito ativo e sujeito passivo, que são os polos opostos neste ato. O autor define como sujeito ativo “aquele que efetua a prisão e que segundo o código penal, em seu artigo 301”, admite a possibilidade desta fase ser “realizada por qualquer do povo, cabendo autoridade policial o dever de prender quem quer que seja encontrado em flagrante”.

Nesta situação de atuação de particular pode ocorrer o que se chama de flagrante facultativo, tendo em vista que o particular não está obrigado a realizar a prisão, já na segunda hipótese onde o instrumento de autuação é a autoridade policial, o flagrante se torna compulsório, pois a autoridade policial e seus agentes são obrigados a agir (CAPEZ, 2014, p. 325).

Assim, o polo passivo torna-se o oposto da autoridade coatora sendo contemplado pelo indivíduo detido em situação de flagrância. Contudo, nos termos do art. 228 da Constituição Federal e artigo 27 do Código Penal, os menores de 18 anos não podem ser sujeitos passivos de prisão em flagrante, pois são inimputáveis. Do mesmo modo os diplomatas estrangeiros em decorrência de tratados e convenções internacionais, o presidente da República (art. 86, §3º da CF), o agente que socorre vítima de acidente de trânsito (art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro), e “todo aquele que se apresentar à autoridade, após o cometimento do delito, independentemente do folclórico prazo de vinte e quatro horas, uma vez que não existe flagrante por apresentação” (CAPEZ, 2014, p. 325-326).

O flagrante, apesar de uma denominação conglobada possui diversas modalidades podendo ser próprio, impróprio, presumido, compulsório ou obrigatório, facultativo, provocado, esperado, prorrogado ou retardado e flagrante forjado. Algumas dessas modalidades de flagrantes não são consideradas lícitas de forma introduzir o procedimento como prova no processo penal.

Távora e Alencar (2014, p.715) descrevem flagrante próprio como aquele que “mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois é quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou ainda quando acaba de cometê-la”. Tal

aproximação se dá por meio da existência de um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

Há duas situações contempladas nessa modalidade, conforme prevê o artigo 302 do CPP que são as seguintes: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa; b) de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso (BRASIL, 1941). Nestas situações, a prisão deve ocorrer de forma imediata, sem qualquer decurso temporal.

Tourinho Filho (2009, p.301-302) ensina que flagrante próprio é “quando o agente é surpreendido cometendo a infração ou quando acaba de cometê-la”. A primeira hipótese não oferece a menor dificuldade: o agente está praticando o crime e o exemplo utilizado são as vias de fato de uma agressão atual e eminente. Na segunda hipótese, contemplada no inciso II do artigo 302, o agente “acaba de cometer a infração”. Desta forma, a prática da infração e a prisão devem ter conexão de quase absoluta imediatidade, e cita-se como exemplo alguém portando uma faca suja de sangue e, ao seu lado, prostrada ao chão, outra com o peito sangrando que causa materialidade do crime que acabou de ser cometido.

A doutrina traz como flagrante impróprio ou quase flagrante a situação de perseguição, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração conforme prevê o inciso III do artigo 302 do CPP. Para Oliveira (2014, p.533) o que dever ser decisivo aqui é “a imediatidade da perseguição para fim de caracterização da situação de flagrância”. A perseguição, como ocorre em qualquer flagrante, pode ser realizada por qualquer pessoa do povo (art. 301 do CPP), e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado. O termo logo após não tem critério leal para ser definido devendo haver uma análise no caso concreto pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória.

A expressão trazida pelo inciso III da disposição legal que trata sobre o “flagrante situação que faça presumir ser ele o autor da infração” é também avaliada pelo caso concreto pois somente os dados da experiência do que ordinariamente acontece em relação as infrações penais daquela natureza é que poderão fornecer material hermenêutico para a aplicação da norma.

Conforme Oliveira (2014, p. 533):

Todo o cuidado é pouco, porque o que se tem por presente não é a visibilidade do fato, mas apenas a fuga, o que dificulta, e muito, as coisas, diante das inúmeras razões que podem justificar o afastamento suspeito de quem se achar em posição de ser identificado como autor do fato”.

Para Nucci (2017, p.556) a terceira modalidade de flagrante, o presumido, não deixa de ser um flagrante impróprio ou imperfeito, tendo em vista que

se constitui na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papeis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal. É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai em busca dos autores nas proximidades em busca de localizar o veículo subtraído, por exemplo.

Assim, se, algumas horas depois, encontra o autor do crime em poder do veículo, será dado voz de prisão, presumindo ser deste a autoria da subtração (NUCCI, 2017). Portanto, conforme Capez (2014, p. 322) “não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita”. Essa espécie de flagrante utiliza a expressão “logo depois”, ao invés de “logo após”, uma vez que a segunda é consubstanciada ao flagrante impróprio. Apesar de ambas as expressões terem o mesmo significado, a doutrina tem interpretado de forma que o “logo depois”, do flagrante presumido, comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, núcleo utilizado no flagrante impróprio.

Apesar do Código de Processo Penal elencar algumas modalidades de flagrante, em razão da presença de elementos ou circunstâncias não contempladas neste rol, pode-se descrever outros tipos de flagrantes como o esperado, preparado ou provocado, compulsório ou obrigatório, facultativo, prorrogado ou retardado e o forjado.

O flagrante esperado trata-se da atividade do policial ou de terceiro consiste em simplesmente aguardar o momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Como nenhuma situação é arquitetada, não há, portanto, que se falar em fato atípico ou crime impossível, uma

vez que o agente comete o crime e, portanto, poderá ser preso em flagrante. Desta forma, ressalta-se que o STJ se baseia no sentido de que: “Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se da investigação anterior, para a efetivação da prisão, sem utilização de agente provocador” (CAPEZ, 2014, p.323).

Já o flagrante preparado ou provocado, Távora e Alencar (2014, p.717) traduzem:

[...] o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. É um artifício onde verdadeira armadilha é maquinada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração.

O flagrante compulsório ou obrigatório é assim chamado porque o agente é obrigado a efetuar a prisão, não havendo discricionariedade sobre a faculdade de não a efetuar. Pode ocorrer tanto no flagrante próprio ou impróprio e também nos presumidos: “é a obrigação da autoridade policial em dar prosseguimento ao ato” (CAPEZ, 2014, p.322).

Por sua vez, o flagrante facultativo é definido por Távora e Alencar (2014, p.716) da seguinte forma: “É a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão em flagrante. Abrange também, os policiais que não estejam em serviço.”

Já o flagrante prorrogado ou retardado, é de feição estratégica, pois ao inverso do compulsório, a autoridade policial tem a faculdade de aguardar o momento mais oportuno para realizar o flagrante com o intuito de obter mais elementos materiais para serem postos na investigação criminal (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p.719).

Há ainda na doutrina, o chamado flagrante forjado, que é totalmente artificial, integralmente constituído por terceiros. Considerado fato atípico, não tendo praticado nenhum ato a pessoa presa (NUCCI, 2017, p.558).

3.2 ESTADO FRAGRANCIAL E CONSUMAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

No que tange à prisão em flagrante, trata-se da liberdade como regra, e da prisão como exceção. O estado flagrantial se justifica com o objetivo de

“restabelecer a ordem jurídica que foi violada com o comportamento antijurídico/nocivo do autor” (RANGEL, 2010, p. 757). É um mal necessário, que tem como escopo a manutenção da paz e da ordem pública a fim de garantir maior comodidade ao interesse público.

Com isso, destaca-se que:

A prisão em flagrante tem como fundamento: evitar a fuga do autor do fato, resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei, servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto a materialidade, quer quanto à autoria (RANGEL, 2010, p.758).

Por ser a prisão em flagrante uma garantia a resguardar a população, torna-se indispensável a menção do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Como a natureza da prisão é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal, exige-se aparência da tipicidade, mas não se faz necessário nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade que são elementos que configuram o crime, e nestes termos a tipicidade caracteriza o *fumus boni juris*.(NUCCI, 2017, p.552).

Nucci (2017, p.552) dispõe:

Quanto ao *periculum in mora*, típico das medidas cautelares, é ele presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, pois lesadas estão sendo a ordem pública e as leis. Cabe ao juiz, no entanto, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum* existe, permitindo, ou não, que o indiciado fique em liberdade.

Qualquer infração penal admite prisão em flagrante, ainda que em alguma delas haja dificuldades práticas para a efetivação. Nos crimes permanentes, o agente encontra-se sempre em estado de consumação, logo, sempre em flagrância. Já nos crimes habituais, se o ato a ser compelido revela habitualidade, é possível a prisão (GRECO FILHO, 2013, p.303).

Portanto, é necessário destacar que a liberdade é a regra, sendo a prisão, exceção. Desta forma, “o fundamento que justifica a prisão em flagrante é o objetivo de restabelecer a ordem jurídica que foi violada com o comportamento nocivo do autor do fato” (RANGEL, 2010, p. 758). Tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem, e por isso, é sacrificado um bem menor,

no caso em tela a liberdade de locomoção em detrimento de um bem maior, a paz social. O flagrante tem como fundamento evitar a fuga do autor do fato, bem como “resguardar a sociedade e servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal”, tanto em relação à materialidade, quanto à autoria (RANGEL, 2010, p.758).

Silva (2007, p.91) exemplifica que a prisão em flagrante, enquanto restrição de liberdade de locomoção se baseia em dois títulos distintos: a) a prisão decorrente da própria restrição à liberdade de locomoção, que se dá pela captura e b) a prisão decorrente do juízo administrativo que conclui pela presença dos requisitos autorizadores da prisão em flagrante, que se dá após a lavratura do auto.

Quanto às formalidades necessárias para a autuação do flagrante, Dotti (2013, p.605) dispõe:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde estiver, devem ser imediatamente comunicado ao juiz competente e a família do preso ou à pessoa por ele indicada. Recebendo a cópia do auto de prisão em flagrante, o magistrado tem o dever de relaxar imediatamente a prisão que for ilegal.

No que tange ao momento do relaxamento da prisão, quando esta for ilegal, cabe ressaltar o dispositivo legal consoante na carta política, no artigo 5º, LXIII e LXV que asseguram:

Art. 5º [...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[...]

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (BRASIL, 1988).

Antes de tratar sobre as fases do auto de prisão em flagrante, é necessário que se exemplifique o que é nota de culpa, uma das fases deste ato. A nota de culpa apesar de ser uma expressão impactante que causa a ideia de confirmar ou admitir a autoria na qual ensejou o flagrante, nada mais é do que um documento que informa ao preso a razão de sua prisão e a identidade de quem o

prende. Tal momento investigatório é amparado constitucionalmente pelo artigo 5º, LXIV² da carta magna (BONFIM, 2013, p.412).

Assim, Bonfim (2013, p.409-410) divide o auto de prisão em flagrante em:

a) Providencias preliminares: comunicação da prisão a família do preso ou a pessoa por ele indicada, bem como cientificado a ele o direito à assistência de um advogado conforme artigo 5º, LXIII da Constituição Federal. Ainda nas providencias preliminares, deve haver comunicação imediata ao Judiciário e ao Ministério Público, para que atuem como guardiões e resguardem os direitos assegurados ao preso.

b) Lavratura do auto de prisão em flagrante: Assim que a autoridade tiver ciência da prisão em flagrante, seja porque o preso conduzido à sua presença, seja porque ela mesma tenha presenciado a prática do ilícito, lavrar-se à o auto de prisão em flagrante como disposto nos artigos 304 e 307 do Código de Processo Penal. O auto trata-se uma peça formal, que tem por objetivo documentar a prisão. Este ato deve ser descrito como o procedimento traçado em lei, para garantir ao indivíduo de qualquer coação ilegal a sua liberdade.

c) Entrega da nota de culpa: até 24 horas após a prisão, deverá ser dado a nota de culpa ao preso, discriminado o motivo pelo qual resultou sua prisão, juntamente com o nome do condutor e o das testemunhas, devendo assiná-la a autoridade policial. Resta ressaltar que, eventuais irregularidades na nota de culpa não acarretam a nulidade do auto de prisão em flagrante, mas, a ausência da entrega da nota no prazo legal acarreta a ilegalidade da prisão, passível de relaxamento mediante habeas corpus.

d) Comunicação ao Juiz competente: lavrado o auto, a prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente, para analisar a legalidade da prisão, e se legal, da possibilidade de concessão de liberdade provisória. A informação deve ser levada ao magistrado pela autoridade policial no prazo máximo de 24 horas conforme §1º do artigo 306 do CPP, o qual foi alterado pela Lei nº11.449 de 2007.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o

² [...] LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; (BRASIL, 1988).

autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 1941).

Compactuando, Greco Filho (2013,p.307) ensina:

Todos os participantes deverão assinar o auto, inclusive o escrivão que o lavrou. Este deverá ser pessoa diferente do condutor e diferente da própria autoridade que o presidiu. Não havendo funcionário oficial, a autoridade deverá nomear escrivão *ad hoc*, especificamente para o ato, prestando compromisso. Se o preso não quiser ou não puder assinar, o auto será assinado por duas testemunhas, chamadas instrumentarias, que ouvirem a leitura do auto na presença do acusado, do condutor e das testemunhas. Essas testemunhas deverão ser pessoas diferentes do condutor, testemunhas do fato ou da apresentação, se existirem.

Ainda nesse sentido, Lopes Junior (2014, p.842) dispõe que é importante recordar o que foi explanado anteriormente sobre a pré-cautelaridade da prisão em flagrante, ou seja, o flagrante não prende por si só e tampouco mantém alguém preso além das 24 horas necessárias para sua elaboração Logo, para que o agente permaneça preso ou submetido a qualquer medida cautelar, é imprescindível uma decisão judicial fundamentada.

Após todo o procedimento realizado para formalizar o auto de prisão em flagrante, e encerrada a lavratura juntamente com as inquirições efetuadas pela autoridade com fundada suspeita contra o conduzido, o mesmo será recolhido à prisão. Mirabete (2003, p.769) ainda dispõe que caso não surja a “fundada suspeitadas declarações colhidas no auto”, a autoridade devera relaxar a prisão. São vários os motivos que podem levar a tal: a conclusão de que se trata de flagrante forjado, que só é revelado mero juízo de suspeita, que os elementos indicam a prática do mero ilícito civil: que não existiu realmente situação de flagrância. No que tange ao relaxamento de da prisão em flagrante pelo juiz, cabe recurso em sentido estrito conforme previsto no artigo 581, V do CPP, mas, a decisão que o nega é irrecorrível. Eventualmente, pode ser deferido pedido de habeas corpus quando se apresente ilegalidade patente na lavratura do flagrante.

Para concluir este ciclo, baseia-se no artigo 310 do CPP que indica:

Art. 310.Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
I – relaxar a prisão ilegal; ou

- II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
- III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941).

Fernando Capez (2014, p.333-334) relata:

A autoridade policial, sendo autoridade administrativa, possui discricionariedade para decidir acerca da lavratura ou não do auto de prisão em flagrante. Sempre considerando que, nessa fase, vigora o princípio *in dubio pro societate*, e que qualquer juízo exculpatório se reveste de arrematada excepcionalidade, o delegado de polícia pode recusar-se a ratificar a voz de prisão emitida anteriormente pelo condutor, deixando de proceder a formalização do flagrante e, com isso, liberando imediatamente o apresentado. Não se trata, de relaxamento de prisão, uma vez que ela não chegou sequer a ser efetivada, tampouco formalizada. Melhor definir tal hipótese como recusa em iniciar a prisão, ante a ausência de requisitos indiciários mínimos da existência de tipicidade ou antijuricidade

Quando se fala em prisão em flagrante, o termo por si só, já admite a ideia de flagrar o ilícito penal no momento de sua consumação ou execução. Algumas doutrinas trazem a ideia de prisão em flagrante por apresentação espontânea, e desta forma, Fernando Capez (2014, p.334) exemplifica não existir pois a autoridade policial não poderá prender em flagrante a pessoa que se apresente espontaneamente. Isso se justifica porque o artigo 304, caput do CPP (BRASIL, 1941) menciona o termo “apresentado o preso à autoridade competente”, impondo a apresentação do sujeito pelo condutor, e não a expressão “se apresenta”. Inexistindo esta possibilidade, o que pode surgir após a apresentação espontânea do indivíduo, é a decretação da prisão preventiva ou temporária, quando necessário.

Destarte, Nucci (2017, p.566) complementa que ao avaliar a prisão em flagrante, “é preciso que o magistrado fundamente a decisão de manutenção e, igualmente, o faça se resolver colocar o indiciado em liberdade provisória, com ou sem fiança”.

3.3 HIPÓTESES E LIMITAÇÕES LEGAIS DE FLAGRANTE DELITO E FLAGRANTE NULO

Como toda regra tem sua exceção, o flagrante delito também tem suas hipóteses especiais e suas devidas limitações. Oliveira (2014, p. 542) ao falar sobre

a prisão em flagrante e situações especiais exemplifica que algumas prisões em flagrante não seguem o rumo trazido pelo Código de Processo Penal, por força de algum requisito ou ressalva expressamente constante na legislação, ou até mesmo na Constituição Federal. Essa divergência no transcorrer do procedimento pode ocorrer por conta da função pública exercida pelo agente do crime, ou pela consideração à própria conduta do agente, e, por fim, em atenção à menor gravidade da infração.

Ao elencar as exceções abrangidas pelo flagrante é necessário destacar que há diferença no rol de exceções quando se trata de crimes inafiançáveis. Via de regra, todos podem ser presos em flagrante quando pegos cometendo, ou logo após ter cometido algum ilícito penal, exceto: os menores de 18 anos que são crianças ou adolescentes pois estes ficam sujeitos a medidas socioeducativas e as medidas específicas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os diplomatas estrangeiros por força de tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, o Presidente da República como estabelecido pelo artigo 86, §3º da Constituição Federal, o condutor de veículo que prestar socorro à vítima nos casos de acidente de trânsito como trata a Lei nº 9.503/97, o autor de menor potencial ofensivo que após a lavratura do termo, é encaminhado ao Juizado ou assume compromisso de comparecer como admite a Lei nº 9.099/95, e todo aquele que se apresentar a autoridade após o cometimento de delito, independente do prazo de 24 horas, uma vez a legislação não admite flagrante por apresentação (BONFIM, 2013, p.414).

Oliveira (2014, p. 544) por entender a divergência entre os núcleos que contemplam o a lei de tóxicos, viu necessidade em mencionar a disposição da Lei nº 11.343/06 no ponto atribui competência aos Juizados Especiais Criminais para julgar o crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio previsto no artigo 28 cumulados ao artigo 48 §1º ressalvadas as situações de conexão ou continência com outro crime que tenha como competência o Juiz Singular ou Júri, pois estas situações também não admitem flagrante.

Tratando de nulidade dos flagrantes, torna-se indispensável mencionar o disposto por Lopes Junior (2014, p.833) no que concerne ao flagrante forjado e ao preparado. O flagrante forjado é um flagrante ilegal pela não existência do crime, uma vez que é criada uma situação fática de flagrância delitiva para legitimar a prisão, e tem como exemplo, a implantação de entorpecentes ou arma em local

onde o sujeito tenha posse. Já o flagrante provocado, alvo também de nulidade, é justificado na indução, no estímulo cedido ao agente para que este cometa o delito da forma planejada e assim ser preso. Trata-se do fenômeno chamado “delito putativo por obra do agente provocador” pelo Direito Penal.

Assim, é nulo o flagrante preparado, pelas mesmas circunstâncias e motivos acima descritos. Nesses termos, Greco Filho (2013, p.305) entende que:

Para que haja flagrante, há necessidade de que a infração penal seja possível, isto é, tenha havido início da execução e ela possa, em tese, consumir-se. É o que preceitua a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Esta situação trata-se de flagrante preparado, que segundo a doutrina não se trata de flagrante porque não há crime, não é permitido que ele se consume. A questão relativa à possibilidade, ou não, de consumação é de fato e depende de análise de cada caso. É importante observar que a inexistência do crime e, em consequência, do flagrante não decorre apenas da atuação da autoridade, mas essa atuação deve ser de molde a tornar impossível, em termos absolutos, conforme se entende em face do artigo 17 do Código Penal, a consumação. Se há a intervenção policial, ainda que prévia ao início de execução, mas a consumação é em tese possível, o flagrante é meramente esperado, de modo que a interrupção da atividade criminosa é válida, e válido o flagrante. É o que acontece, por exemplo, se, diante de suspeita de que um crime vai ser praticado, a autoridade policial intervém efetivando a prisão quando da tentativa. Ou, ainda, se a vigilância sobre pessoas ou bens evita a consumação do crime efetivamente iniciado, bem como se a autoridade simula adquirir tóxico do traficante e este efetivamente o tem nas mãos.

Como a principal diferença do esperado para o preparado ou provocado é validade do ato processual, Oliveira (2014, p.535) trata de distinguir e exemplificar ambas as situações da seguinte maneira:

Quando a situação de flagrante sofrer a intervenção de terceiros, antes da prática do crime, é que se poderá falar na existência de um flagrante esperado e de um flagrante provocado, também denominado flagrante preparado. A principal diferença entre ambos, segundo se verifica na doutrina e ainda na jurisprudência, é que a primeira situação, a do flagrante esperado, é considerada plenamente válida, enquanto a segunda do flagrante preparado, não. A rejeição do flagrante dito como preparado ocorre geralmente por dupla fundamentação, a saber: a primeira porque haveria, na hipótese, a intervenção decisiva de um terceiro a preparar ou a provocar a prática da ação criminosa e, assim, do próprio flagrante; a segunda, porque dessa preparação, por parte das autoridades e agentes policiais, resultaria uma situação de impossibilidade de consumação da infração de tal maneira que a hipótese se aproximaria do conhecido crime impossível.

Mirabete (2003, p.768) ao falar sobre as nulidades e irregularidades na autuação em flagrante dispõe que quando houver ilegalidade na autuação em

flagrante seja por ausência de situação de flagrância ou por excesso no prazo para a lavratura, a prisão deve ser relaxada pelo juiz como previsto constitucionalmente no artigo 5º, LXV, da CF, sem prejuízo do desenvolvimento das investigações e do inquérito policial.

Destaca, ainda:

A prisão ilegal diminui o valor probatório dos atos praticados no inquérito policial, mas não o anula, e muito menos a ação penal que dele redundar. Os pequenos vícios formais, como a ausência de alguma assinatura, a grafia errônea do nome do preso, não excluem a prisão, nem viciam o inquérito. Quando ocorrer vício real, a ponto de anular o flagrante, nada impede que existindo os requisitos, a autoridade judiciária decrete a prisão preventiva. (MIRABETE, 2003, p. 768).

Assim, Nucci (2017, p.565) aborda uma das fases constitutivas da autuação do flagrante como abusiva por parte do Estado quando este não expedir a nota de culpa através de seus agentes, ou, expedi-la após o prazo de 24 horas. Nessa situação, cabe o relaxamento da prisão em flagrante bem como as medidas penais cabíveis, podendo ensejar abuso de autoridade se restar comprovado o dolo.

Gera nulidade, o auto que não for instruído da forma como prevista na legislação pois não garante ao indivíduo a proteção de qualquer coação ilegal a sua liberdade. Descumpridas as formalidades legais, cabe ao juiz o relaxamento da prisão fundamentada e a soltura imediata do preso. Este vício, não tem o condão de anular o processo, apenas invalida a prisão, tornando o auto uma mera peça informativa (BONFIM, 2013, p.410).

Mesma compreensão tem o STF ao editar a súmula 145 que diz: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (BRASIL, 2019). Para a suprema corte, o agente que é surpreendido em flagrante preparado, comete crime impossível por ineficácia absoluta do meio. Nesse compasso, se já iniciado o inquérito policial por meio do descrito flagrante, o mesmo poderá ser trancado por via de *habeas corpus*.

3.4 CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO E SUAS PECULIARIDADES

Ao abordar a questão do tráfico de drogas, a Lei 11.343/06 no artigo 33, trata de 18 (dezoito) condutas que podem qualificar e caracterizar o crime de tráfico, conforme expõe:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (BRASIL, 2006).

Como forma de distinguir e melhor qualificar os núcleos acima citados, com base no que ensina, passa-se a analisar em ordem de citação os verbos mencionados no artigo que configura o crime de tráfico.

Assim, faz-se necessário distinguir a importação e a exportação que são respectivamente fazer com que o material entre no território nacional e, a saída dela substância também do território nacional e, ainda, o que abrange remeter que é o encaminhado do objeto para algum lugar sem a presença do remetente, tendo como principal exemplo o envio de droga por correio, e este ato, consuma-se pelo simples fato de remeter, não importando se o material chega ou não. Seguindo a linha cronológica utilizada pelo legislador para exemplificação dos tipos que integram o tráfico, difere-se o preparo da produção e também da fabricação pois o preparo é apenas a união dos elementos que compõem a droga, mistura de substancias ou produtos que somando resultam no entorpecente como é o caso da reunião da folha de coca com éter que resultam na cocaína. Já a produção, é o desenvolvimento de uma nova substancia, e se difere da preparação pois na produção é criada uma nova formula química e a preparação, apenas agrupa substancias já existentes, que ainda diverge de fabricar que é a produção ou preparação de determinada droga em alta escala, nesse tipo penal pode-se destacar como exemplo o *ecstasy* que é preparado em maior escala (SILVA, 2016, p.73).

Após elencar os verbos atípicos mencionados, o legislador se ateve ao momento de entrega, fornecimento, aquisição e armazenamento da substância. Foi onde dispôs tratou do que é adquirir, e este caracteriza-se integramente pela obtenção do objeto material por meio oneroso ou não. Assim, aquele que compra ou recebe gratuitamente a droga está adquirindo, e, também consideração adesão quando acontece permuta de objeto lícito pela droga. Sucedendo estes, seguem a venda, a exposição à venda e o oferecimento, dos quais nitidamente consegue se conceituar pois a venda é necessário a alienação onerosa ainda que não imediata, quando a exposição é para que o material seja visto e comprado e o fato de

oferecer, sugere a aquisição que pode ocorrer de forma verbal, com gestos ou de forma escrita. Quanto ao armazenamento, ter em depósito é reter ou manter o material sobre sua disponibilidade para venda ou fornecimento. Cabe ressaltar que, dificilmente o traficante trará consigo a integralidade da droga, pois haja per calos no caminho, trabalha com a alegação do uso pessoal conforme prevê o artigo 28, e, para evitar a perda total da droga. Deixando-a retida em lugar divergente. O transporte é levar a droga de um local para outro, de modo que não seja pessoalmente. Assim, o objeto pode ser transportado na porta mala ou numa carroceria no meio de outros materiais, trazer consigo é portar, ter ou manter o objeto material consigo ou ao alcance para venda ou fornecimento. Não necessita que a droga esteja junto ao corpo, pode estar acondicionada na mochila, bolsa ou até mesmo no porta luvas, a concretização se dá por meio do alcance ao material (SILVA, 2016, p.74).

Os últimos núcleos compreendem ao armazenamento, disseminação da droga, entrega ou fornecimento. O fato de guardar não quer dizer que seja possuidor, detentor ou proprietário, pois retém o material em nome de terceiro. A disseminação que em miúdos é a prescrição da substância é o ato de receitar, e é necessário que tal conduta realizada por médico ou dentista. Quando se fala em ministrar, se remete a ideia de introduzir no organismo de terceiro. Pode ocorrer por meio de ingestão, aplicação, inalação ou qualquer outro método apto para tanto. O método mais comum para ministrar é através da aplicação com injeção. Já entregar o consumo é termo genérico com o intuito de inibir outras condutas existentes que não tenham sido mencionadas nos núcleos prescritos pelo legislador. E, fornecer, ainda que gratuitamente tenha o objetivo de abranger condutas de fornecimento oneroso ou não. O tipo penal preocupou-se em abarcar verbos como a troca e a doação do material, condutas não especificadas no artigo, mas que não deixam de serem formas de fornecer o material (SILVA, 2016, p.75).

Todos estes termos, exemplificados e conceituados acima, são utilizados com o mesmo entendimento e interpretação quando se fala das figuras equiparadas presentes no §1º do artigo 33 da Lei 11.343/06 que dispõe:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fábrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. (BRASIL, 2006).

Ao equiparar-se aos verbos já utilizados, torna-se necessário distinguir e analisar o que consiste em matéria prima, insumo e produtos químicos. Classifica-se como matéria prima a substância bruta da qual podem ser extraídas ou produzidas as drogas enquanto insumos são elementos participantes do processo de formação do entorpecente ou alucinógeno, mesmo não sendo possível extrair dele a droga, pois o insumo é utilizado para a produção da substância quando agregada a matéria prima como é o caso do restos de cocaína somados ao bicarbonato de sódio dá origem ao crack. Já os produtos químicos são considerados substâncias químicas qualquer, pura ou composta, utilizada em laboratório no processo de fabricação da droga, sem agregar-se a matéria prima como, por exemplo, a adição de acetona para refinar a cocaína (LIMA, 2014, p.731).

O crime tipificado como tráfico de drogas configura um tipo penal aberto no âmbito do direito penal, sendo chamado de heterogêneo, pois necessita de complementação da portaria 344 da ANVISA. Quando se fala nos sujeitos do crime, é necessário destacar que qualquer um pode praticar o crime de tráfico de drogas cuidando por se tratar de crime comum. Deve-se atentar ao verbo prescrever, uma vez que, o ato de prescrever é exclusivo do profissional habilitado para indicar, como é o caso de médicos e dentistas. O sujeito passivo, sendo este crime que pressupõe perigo abstrato contra a saúde pública, é a coletividade (LIMA, 2014, p. 723).

Ao analisar as peculiaridades do crime tipificado como tráfico de drogas, conclui-se tratar de crime permanente, uma vez que o dolo e a atuação do agente se prolongam no tempo, conforme disserta Amaral (2012, p. 171):

O crime permanente pode ser constituído por um único comportamento, ou seja, aquele que realiza, revelando-se numa primeira visada, de estrutura unitária. A lesão contra o bem jurídico tutelado é única e o fato perdura. A conduta ofensiva se protraí no tempo, sendo que a consumação somente cessa no momento em que termina o comportamento antijurídico sendo este ação ou omissão ou ação e omissão, seja por vontade do agente ou por circunstâncias alheias a sua vontade.

Há duração do fato, como já mencionado, se protraí no tempo com permanência do estado antijurídico, faz com que o dano perdure sem interrupção, e, por conseguinte, o crime também perdura. Desta forma, “o crime permanente atua sobre um bem jurídico suscetível de ‘compressão’, não de ‘destruição’”. Assim, “sendo permanente o crime de tráfico nas hipóteses guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio, a todo o momento está presente o estado de flagrância” (AMARAL, 2012, p. 171).

Ávila e Carvalho (2016, p.145), ao relacionar a política de drogas com a atual estatal, concluem:

Em relação a política de drogas, percebe-se a atuação de um Estado extremamente paternalista, que utiliza o Direito Penal como um instrumento de controle social para a proteção de bens jurídicos discutíveis: a saúde, segurança e paz pública. No caso da posse de drogas para consumo pessoal tal paternalismo agrava-se pois o postulado da autonomia da pessoa é descartado, e busca-se proteger o autor de si mesmo. Tais constatações demonstram que a utilização desses bens jurídicos de caráter coletivo, que não possuem realidade existencial, se dá para mascarar a ausência de um autêntico bem jurídico que legitime esse proibicionismo que vem a ter como resultado a “guerra às drogas” e uma intervenção penal arbitrária e desproporcional.

Conforme dispõe Silva (2016, p.72) não há artigo que melhor defina o tráfico de drogas como o 33 da Lei 11.343/06 que abrange todos os núcleos capazes de corresponder ao tráfico de drogas. Trata ainda, como objeto jurídico principal a saúde pública e a vida, ficando como objeto secundário a integridade física e tranquilidade das pessoas.

Assim, o termo “drogas”, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie de droga pois trata apenas da generalidade, em outras palavras, qualquer espécie de droga irá ensejar a adequação típica, independentemente da quantidade. Conceitua substância como a matéria prima in natura, ou seja, a planta ou a erva, já o produto é a substância manipulada pelo homem. Cita como exemplo de tais a folha de coca e a cocaína, sendo a primeira a substância e a segunda, por sua alteração, o produto. Ao mencionar tais tipos de drogas, faz-se necessário abordar a questão da dependência, podendo ser física ou

psíquica. Dependência física é aquela que o corpo demonstra sinais de que necessita do uso da droga enquanto a dependência psíquica é a vontade incontrolável de usar a droga (SILVA, 2016, p.73).

Conclui-se, mediante todo o exposto que por se tratar de tipo subjetivo, o tráfico de drogas previsto no artigo 33 da Lei 11.343/09 é punido exclusivamente a título de dolo, ou seja, “deve o agente ter consciência e vontade de praticar qualquer dos núcleos verbais descritos no caput do artigo, ciente de que o faz sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (LIMA, 2014, p.729).

4 DO INGRESSO AO DOMICÍLIO E SUAS LIMITAÇÕES

Quando se menciona o ingresso ao domicílio, logo se atrela a situação a garantia cedida pela Constituição Federal, que prevê em seus primeiros artigos a proteção do indivíduo na sua integralidade no que for relacionado a privacidade. Para vincular o ingresso e as limitações, é necessária que se atente ao disposto no artigo 5º carta política que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;(BRASIL, 1988).

Ao mencionar a limitação do domicílio e delimitando-a, sabe-se que tudo aquilo que estiver fora das hipóteses de ingresso tidas como legais se torna abusiva e ilegal. Assim, configura-se crime de violação ao domicílio e para ilustrar melhor utiliza-se a doutrina de Campos (2016, p. 425) que exemplifica:

Considerações gerais: no direito penal romano não havia previsão de delito de violação de domicílio, mas a casa era considerada sagrada, sendo protegida pela divindade. A *Lex Cornelia* equiparava a violação de domicílio às demais modalidades de injúria, a proteção poderia ser exercida não apenas pelo proprietário, mas também por aquele que habitasse o local, quer fosse inquilino, quer fosse hóspede. O direito canônico cominava a pena de excomunhão para aqueles que violassem os mosteiros, considerando sacrilégio a violação das igrejas e mesmo das residências próximas. Essa proteção se reverteu em verdadeiro asilo aos réus, que não podiam ser dali retirados. Na idade média a inviolabilidade do domicílio sofreu um enorme retrocesso. Isso perdurou até a Revolução Francesa, quando a inviolabilidade do domicílio passou a ser uma extensão dos direitos do cidadão. O código criminal do império (1830) incriminava a conduta daquele que ingressasse em casa alheia, mesmo agindo sem violência. O Código Penal de 1890 considerou o delito de inviolabilidade de domicílio lesivo ao livre gozo e exercício dos direitos individuais. O vigente Código Penal (1940) elenca a violação de domicílio entre os crimes contra a liberdade individual.

Desta forma, quando houver o ingresso sem a devida fundamentação ou justificativa, o abuso poderá ser convertido em crime de violação de domicílio conforme prevê o artigo 150 do CP:

Art. 150 – Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

§2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. (BRASIL, 1940).

Conforme o exposto, passa-se a analisar as hipóteses e situações que permitem e inibem o ingresso em domicílio.

4.1 O FLAGRANTE DELITO COMO PERMISSIVO DO INGRESSO

Ao analisar um estudo comparativo entre o flagrante delito como permissivo ao ingresso, deve-se atentar ao princípio da convivência harmoniosa entre os direitos de forma que a atuação do Estado através do exercício do poder de polícia não se conflite com a proteção constitucional ao direito do indivíduo, sobrepondo a finalidade da existência do Estado.

Ao tratar das permissões expressamente previstas em relação ao flagrante delito, torna-se indispensável que se analise as situações de flagrante de acordo com o artigo 302 do CPP que exemplifica as modalidades permissivas e lícitas de ingresso na residência.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941).

Antes de dispor sobre qualquer possibilidade de entrada em domicílio, se está nos moldes legais ou ilegais, faz-se necessário dispor sobre o artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos que protege o cidadão dos mecanismos arbitrários criados pelo Estado: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (OEA, 1969).

Por ser considerada a casa asilo inviolável como preceitua a Constituição de 1988 é vetado o acesso de qualquer pessoa, a menos que haja consentimento do morador quando não se tratar de flagrante delito, ou excepcionalmente nos demais casos previstos taxativamente que são: desastre, prestar socorro ou, durante o dia com determinação judicial representada por mandado de busca e apreensão. Para fins de busca e apreensão, Avena (2017, p. 417) exemplifica:

Para efeitos da busca e apreensão, compreendemos que o alcance dessa expressão deve ser o mais amplo possível, superando-se o conceito de domicílio previsto no Código Civil segundo o qual se considera como tal o local em que a pessoa se estabelece com ânimo definitivo de moradia (art. 70) ou onde exerce a sua profissão (art. 72).

Em continuidade, Avena (2017, p. 417) dispõe que:

a gerência de um supermercado, ao contrário das demais áreas, não é lugar aberto ao público, visto que apenas os corredores do mercado são acessíveis a todas as pessoas e a gerência precisa ser abarcada pela inviolabilidade do domicílio, assim, para os casos de busca, existe a necessidade de ordem judicial.

Portanto, existem situações que se torna necessário a análise do caso concreto devendo ser minuciosamente analisada suas peculiaridades. Desta situação, tem-se como exemplo um terreno abandonado ou um campo aberto ainda que anexo a casa, não necessita da ordem judicial permitindo a livre atuação dos agentes para realização de busca e apreensão (AVENA, 2017, p.417).

São prescindíveis de mandado judicial os veículos, inclusive ônibus, pois trata-se de bens móveis, não se equiparando a uma residência. Portanto, se for caminhão, há mudanças, pois ele se equipara a domicílio se o motorista se encontrar em viagem, sendo equiparada a cabine a domicílio. Esta é uma situação corriqueira e que obriga a busca somente com ordem judicial, com exceção a parada em blitz, “que se caracteriza como operação de revista geral em todos os veículos

que passam por determinado local, caso em que a revista aos veículos deve ser livremente facultada” (AVENA, 2017, p. 418).

Resta complementar, que para fins de busca e apreensão, se tratando de trailers, cabine de barcos, barracas e afins estas são destinadas a habitação mesmo que temporariamente, logo, exige autorização judicial (AVENA, 2017, p.418).

Aqui, vale ressaltar que para o ingresso em domicílio com autorização judicial compreende-se dia o período que vai das 6 às 18 horas, seja no horário normal, seja no horário brasileiro de verão, e noite como sendo o “período que vai das 18 às 6 horas do dia seguinte, seja no horário normal, seja no horário brasileiro de verão” (BULOS, 2014, p. 579).

Destarte, Bulos (2014, p. 580) ressalva a importância referente ao art. 172, caput, do Código de Processo Civil o qual dispõe que os atos serão praticados das 6 (seis) às 20 (vinte) horas. Portanto, tal ressalva é respeitada e observada apenas aos atos processuais. Assim, conforme estipula a Carta Maior, bem como explica o mencionado autor (2014, p. 580), os “mandados judiciais autorizando a violação domiciliar devem ser cumpridos das 6 às 18 horas com base no art. 5º, XI da CF e não das 6 às 20 horas como disposto no art. 172, caput do CPC”.

No tocante ao momento no ingresso justificado em residência alheia, a doutrina e a constituição elencam taxativamente as circunstâncias que permitem violação de tal garantia de forma que, “a entrada na residência por mandado judicial, exige-se uma situação fática emergencial que permita a violação de tal direito, para a proteção de outro direito”(PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 222-223).

No caso de flagrante delito, assimreflete-se:

A expressão ‘flagrante delito’ traduz a prática atual de um fato criminoso. Assim, a invasão de uma casa é legítima se naquele exato momento estiver ocorrendo um delito em seu interior. A invasão também será constitucional se o crime houver sido praticado fora de sua casa, desde que o infrator nela se refugie devido ao cerco policial iniciado logo após o delito. Fundamental é que não se tenha havido interrupções na persecução, sob pena de se descaracterizar o estado de flagrância (PUCCINELLI JUNIOR, 2012, p. 222-223).

Neste mesmo sentido, Rangel (2010, p. 585) indica dois pressupostos necessários, para a confirmação e validação do flagrante: a atualidade e a visibilidade, em suas palavras:

a atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade a visibilidade tem-se o flagrante delito (RANGEL, 2010, p. 585).

Dessa forma, disserta Andrade *et al* (2015, p. 221):

É dizer, em caso de flagrante delito, somente há permissão constitucional de invasão ao domicílio quando há prévia perseguição do suspeito ou quando se sabe previamente, de forma lícita, da ocorrência de crime no interior da casa, sob pena de inconstitucionalidade da entrada na moradia.

Assim, para o ingresso na casa em caso de flagrante delito em qualquer hora do dia ou da noite é necessário a “certeza visual do crime” para que se torne lícita e constitucional (MIRABETE, 1997).

4.2 O FLAGRANTE DELITO NOS CRIMES PERMANENTES

Por ser o crime permanente um crime cuja consumação se prolonga no tempo, conclui-se que a todo o momento, o sujeito está em flagrância e que o agente tem o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer instante. Logo, uma característica marcante desse crime consiste na atuação do agente cessar a perturbação do bem jurídico, possuindo domínio do fato, da conduta e do resultado. Contudo, a concretização do crime é efetuada com os núcleos previstos no artigo 33 da Lei 11.343/06 que são condutas permanentes como: expor a venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar. Estas modalidades que compreendem o tráfico trazem algumas consequências, das quais resultam: prisão em flagrante, violação domiciliar independentemente de prévia autorização judicial e encontro fortuito de provas (LIMA, 2014, p.726).

Quando se fala da violação domiciliar independentemente de prévia autorização judicial, de imediato se remete a garantia assegurada pela Constituição Federal, e esta autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito, seja durante o dia ou durante a noite, e não depende de autorização judicial se tratando de crime permanente. Como forma de evitar a constituição de novo crime, o artigo

150, §3º, inciso II³, dispõe sobre a entrada ou permanência em casa alheia ou nas dependências a qualquer hora do dia ou da noite quando algum crime está sendo ali praticado ou na eminência de acontecer. Nessas situações, a autoridade policial pode adentrar a residência desde que haja o que se chama de “causa provável” que configura fatos e circunstâncias com elementos concretos que incitem uma dúvida razoável a acreditar ou suspeitar da existência de crime (LIMA, 2014, p.726).

Ao mencionar as consequências oriundas das modalidades do flagrante, Lima (2014, p.727) aborda o encontro fortuito de provas que é quando por uma causalidade nas diligências relativas a um delito, a autoridade policial acaba encontrando provas pertinentes a outra infração penal, que não estava vinculada a linha de desdobramento da investigação que deu origem a atual busca. Quando da ocorrência de situações como está mencionada, a validade da prova inesperada fica condicionada a forma como a diligência foi realizada. Se houve desvio de finalidade ou abuso de autoridade, a prova deve ser considerada ilícita, mas, caso a prova seja encontrada casualmente, deve ser considerada lícita.

Quanto ao flagrante no crime permanente, sabe-se que a consumação deste se prolonga no tempo, e que tem exemplo o tráfico de drogas e o porte ilegal de arma de fogo entre outros, e, até que não cesse sua permanência, admite prisão em flagrante nos termos do artigo 303 do CPP (BRASIL, 1940), ainda que adentre a casa. Neste ponto da discussão a quantidade de opiniões divergentes é gradativa, não quanto ao ingresso no domicílio em estado flagrancial, mas pelo grau de incerteza que é criado quanto a possibilidade de o crime estar ou não acontecendo.

Neste ponto, existem basicamente três correntes:

a) A primeira é defendida por Silvio Maciel (2010, p.25) e resume-se na certeza visual que o agente policial deve ter quanto ao momento da consumação do crime no interior da casa sob a perspectiva da via pública.

b) A segunda corrente abordada é a que não exige que o policial enxergue o crime acontecendo dentro da residência, mas que ele possua fundadas razões para que inicie o flagrante, baseado em circunstâncias objetivas como por exemplo palavra das testemunhas ou relatório policial decorrente de campana,

³ Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: [...] § 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: [...] II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (BRASIL, 1940).

conversas captadas em interceptação telefônica. É defendida por Ruchester Marreiros Barbosa (2017, p.144).

c) A terceira corrente é fundada em precedente do Supremo Tribunal Federal (STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015) que dispensa a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, amparando e autorizando o ingresso da autoridade policial no domicílio baseado em vagas suspeitas da ocorrência do crime o interior do domicílio. Essa corrente baseia-se no juízo de possibilidade, tido como elemento interno subjetivo (BRASIL, 2015).

Reescreve-se o trecho em que o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2015) relata:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. [...] Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “fundadas razões”.

Desta forma, em sede de repercussão geral foi fixado o seguinte entendimento:

A entrada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. (BRASIL, 2015).

Badaró (2009, p. 187) dispõe o seguinte:

A prisão em flagrante nos crimes permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo. O crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protraí no tempo. [...] O art. 303 do CPP dispõe que “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” [...]. A regra do art. 303 do CPP é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível. Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade flagrante próprio.

No âmbito da prisão em flagrante, como exceção à inviolabilidade domiciliar, interessa distinguir a diferença entre crimes permanentes e crimes instantâneos, a fim de constatar se a prisão obedeceu aos requisitos legais exigidos. Para observar a legalidade da prisão e observar os requisitos necessários para a

efetuação do flagrante é indispensável distinguir o crime instantâneo e o permanente. Assim Junqueira e Vanzolini (2014, p.77) dispõem que:

Crime permanente é aquele que a conduta se prolonga no tempo, por força da atuação da vontade do agente. São exemplos: sequestro e cárcere privado, extorsão mediante sequestro, furto de energia elétrica dentre outros. Já o crime instantâneo, embora sua consumação se dê em momento determinado, seus efeitos perduram no tempo, independentemente de atuação da vontade do agente. O tempo do crime é apenas o momento da conduta, pouco importando o momento ou duração do resultado. Tem-se como exemplo o crime de estelionato contra a previdência social, situação em que a fraude da origem ao recebimento contínuo de benefícios.

Logo, Toledo (1984, p.146-147) esclarece:

São instantâneos os crimes que possuem como objeto jurídico bens destrutíveis: permanentes, aqueles cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado. Dentro dessa concepção, poder-se a concluir que, no delito instantâneo (furto, injúria) a consumação ocorre em um momento certo, definido, no permanente, o momento consumativo é uma cessação (sequestro, cárcere privado, usurpação de função pública). Denominam-se crimes instantâneos de efeitos permanentes aqueles em que não a conduta do agente, mas apenas o resultado da ação é permanente. Isso ocorre no homicídio, cujo resultado que é a morte se torna irreversível, portanto, permanente, mas seguramente marcado por um momento consumativo certo que é aquele em que a vítima deixa de viver.

Ainda que o principal crime aqui tratado seja o tráfico de drogas, é fundamental que se destaque outros crimes tipificados como permanente como o caso da ocultação de cadáver previsto no artigo 211 do CP, a receptação descrita no artigo 180 do CP que é previsto na modalidade do verbo “ocultar”, a ocultação de bens e valores tipificados no artigo 1º da Lei 9.613/98, dentre outros. Todos os exemplos citados figuram casos de crime permanente, pois sua consumação é prolongada no tempo, permitindo que o estado flagrantial se prolongue da mesma forma. Desta forma, não importa quanto tempo perdure a ação e a permanência do ato ou fato sendo autorizada a prisão em flagrante do agente se configurando o inciso I do artigo 302 por considerar-se estar este cometendo a infração penal. Desta forma, a descoberta de um cadáver “ocultado”, “escondido” ou de bens e valores na situação do delito de lavagem pode o agente ser preso, pois é como se tivesse cometendo o crime naquele momento e assim, também se destaca e se dá ênfase

os núcleos prescritos no artigo 33 da Lei 11.343/06 que seria o armazenamento em depósito ou busca-las para entregar a consumo, fornecendo-a (LOPES JUNIOR, 2014, p.829).

Como há uma discricionariedade no ato de ingresso mediante os requisitos para admissibilidade do flagrante, Távora e Alencar (2014, p. 538) indagam a seguinte questão:

E se os policiais adentrarem na casa e não encontrarem a substância entorpecente, quais as consequências desta diligência frustrada? Em havendo dolo, resta a caracterização do crime de abuso de autoridade como prevê o artigo 3º “b”, da Lei nº 4.898/1965. [Ressalta-se que] não cabe a análise dos casos em que os policiais ingressam no asilo inviolável apenas por informes anônimos ou quando o acusado esteja em “atitude suspeita”. A simples suspeita da prática do crime não coloca o suspeito em situação de flagrância, afastando a possibilidade da violação do domicílio.

4.3 O INGRESSO EM DOMICÍLIO NO FLAGRANTE DELITO DOS CRIMES PERMANENTES

No que se refere acerca da inviolabilidade domiciliar é sabido que esta não se reveste de caráter absoluto, isto é, em algumas circunstâncias é permitida a entrada forçosa ao domicílio. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, inciso XI que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988).

Lima (2017, p. 895) conceitua a prisão em flagrante da seguinte forma:

a expressão “flagrante” deriva do latim “*flagrare*” (queimar), e “*flagrans*”, “*ofuscantes*” (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade.

Sabe-se que o ingresso em domicílio vinculado ao flagrante delito é exceção a norma constitucional e com isso, conclui-se não ser esta regra absoluta dando margem ao poder discricionário da Administração Pública conhecido como o

poder de polícia. Portanto, Tourinho Filho (2009, p. 756) abordou sobre o assunto da seguinte forma:

Quanto à entrada à noite, em caso de flagrante, não cremos houvesse o legislador constituinte desejado a quadra da infranqueabilidade na hipótese de alguém, após praticar uma infração penal, ser perseguido e homiziar-se em sua casa. Se procurou tutelar mais ainda essa inviolabilidade, tanto que passou a exigir, durante o dia, autorização do Juiz, circunstancia desconhecida da Constituição anterior, parece claro que a entrada, à noite, em caso de flagrante, somente poderá ocorrer quando alguém esteja cometendo uma infração ou acabou de cometê-la, que são as hipóteses de flagrante próprio. Mas se o conceito de flagrância nos é dado pelo artigo 302 do CPP, compreendendo o flagrante próprio, o impróprio e o presumido e como a Constituição, tivesse ou não vontade o legislador constituinte, permita a entrada à noite no caso de flagrante delito, sem qualquer restrição, é sinal de que fez uso daquela expressão com o sentido que lhe empresta o estatuto processual penal. Assim, chegamos à conclusão de que em caso de flagrância, será possível a entrada, à noite, no domicílio.

Em que pese o principal assunto a ser abordado seja a prisão em flagrante no crime permanente, não se pode deixar de mencionar o flagrante nos crimes de ação penal pública condicionada e de iniciativa privada, pois divergente do flagrante de crime permanente condicionam a atuação do Estado somente quando existir manifestação de vontade positiva do ofendido ou de quem, atuando no polo ativo fizer. Destarte, quando da ocorrência de um crime de ação penal condicionada a representação ou requisição considera-se válido o flagrante quando este se der por vontade do ofendido ou do Ministro da Justiça, caso contrário, em situação que não esteja presente as condições específicas mencionadas não tem os requisitos para a formalização do ato de prender. Da mesma forma, acontece em crimes de ação penal de iniciativa privada, necessitando da anuência do ofendido, e, quando for efetuada a prisão em flagrante sem a representação há ilegalidade que não pode ser sanada em manifestação de vontade ulterior do ofendido (RANGEL, 2010, p.769).

Quando se trata de infrações penais permanentes, é considerado flagrante delito enquanto não cessar a permanência conforme prevê o artigo 303⁴ do Código de Processo Penal. Tal fato ocorre porque a consumação desses delitos, em outros termos, a prática dos atos que constituem os núcleos dos respectivos tipos penais, prolonga-se no tempo enquanto não cessar a atividade criminosa. Contudo,

⁴ Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (BRASIL, 1941).

o entendimento tem sido no sentido de que é perfeitamente possível a prisão em flagrante de agente, horas depois do encontro de substância entorpecente em sua residência.

É sabido que dentre os crimes permanentes mais citados em doutrinas e artigos científicos está o tráfico de drogas, isto porque além de ser um crime que abrange diversos núcleos penais previstos no artigo 33º da Lei 11.343/06, tem como vítima a saúde pública. Não sendo suficiente, o legislador faz diferenciação, que atualmente se faz muito necessária, do que é traficante e o que configura usuário. Tal dificuldade ocorre devido ao fato das condutas praticadas por ambos serem as mesmas, que são: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e ter consigo. O que diferencia o traficante daquele que leva consigo a substância pra uso pessoal é disposto no artigo 28⁵ da lei de drogas que possibilita o julgador analisar o caso concreto e a contextualização fática e traçar um caminho mais claro e correto para tomar uma decisão (BRASIL, 2006).

Para que o magistrado faça um caminho de certeza, a lei tratou de qualificar e quantificar algumas características presentes no momento da consumação do delito, para que sejam observados a natureza da substância, a quantidade de droga apreendida, o local onde se desenvolveu a conduta típica, a dinâmica desenvolvida pela ação criminosa, as circunstâncias sociais e pessoais do acusado assim como seu modo de vida, sua conduta e por fim seus antecedentes criminais respeitando e sempre de acordo com os princípios constitucionais como a presunção de inocência (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p.62).

Esta breve diferenciação tem apenas o intuito de esclarecer o tráfico daquele que porta a substância para fazer uso pessoal. Desta forma, ressalta-se que não cabe prisão em flagrante daquele que faz transporta ou tem consigo substância para uso, podendo ensejar Termo Circunstanciado, mas não prisão em flagrante, ainda que, o usuário pratique os mesmos núcleos permanentes descritos no artigo 33 que configuram o tráfico.

Como mencionado no decorrer do trabalho, o flagrante deve ser legítimo e para sua concretização é necessário preencher as lacunas exigidas pelo

⁵ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. [...] § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. (BRASIL, 2006).

ordenamento jurídico. Desta forma, apesar de não ser muito fácil solucionar o conflito entre o direito fundamental a inviolabilidade domiciliar e a questão da permanência do tráfico de drogas, em Apelação Criminal nº0189866-10.2009.8.19.0001, o relator Desembargador Geraldo Prado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, procede o voto e ressalta o seguinte:

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consume. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, ‘encontrasse’ à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado. (RIO DE JANEIRO, 2009, p. 11)

Portanto, o ingresso em domicílio ainda que tratado como exceção, é permitido nos casos de flagrante delito, em especial por serem considerados permanentes e por correr o risco de se perder o momento oportuno para realização do flagrante. Os crimes mais conhecidos como permissivos em ingresso ao domicílio por serem considerados permanentes são: o tráfico de drogas, a receptação, porte ilegal de arma de fogo, cárcere privado e armazenamento de pornografia infantil.

4.4 AS LIMITAÇÕES DO INGRESSO E DOMICÍLIO EM FLAGRANTE DE CRIMES PERMANENTES

É possível extrair através da doutrina de Alexandre que se faz necessária evidências suficientes e legítimas, e que essas, sejam anteriores as violações do domicílio pelo agente policial para que sua ação possa ser considerada válida e não fique em desacordo com os preceitos constitucionais, não se torne uma ação abusiva. Esta evidência torna-se indispensável para que não seja os lares menos favorecidos alvo dos agentes do Estado, evitando práticas reiteradas de arbitrariedade sob a alegação de desconhecimento da lei e tornando ilegal o flagrante realizado. Assim, Rosa (2013, p. 124) dispõe: “nem se diga que depois

verificou o flagrante porque quando ele se deu já havia contaminação pela entrada inconstitucional no domicílio.”

Sob a ótica da Suprema Corte, a problemática não tem como ser eliminada por completo, isto tudo porque a expressão “fundadas razões” tem um caráter polissêmico e que de certa forma, busca parâmetros e justificativas seguras e concretas para a interpretação do requisito. Nesse contexto, o exemplo mais utilizado é uma situação corriqueira que gera dificuldade na interpretação do caso concreto que é a fuga e entrada imediata na casa do indivíduo que comumente seria abordado pela polícia. A evasão pode ser considerada em fundadas razões se estiver somado a outro elemento que é o de suspeição, caso contrário a busca pelo refúgio para dentro da casa para evitar a ação policial é configura mera intuição que não autoriza o ingresso em domicílio pela autoridade policial.

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO[...] (REsp 1574681/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017). (BRASIL, 2017).

O Desembargador, ao proferir o voto dispõe sobre a dura e sofrida realidade brasileira vivida que obriga o agente policial a agir com tomadas de decisões urgentes no exercício de sua função que certamente é divergente da decisão proferida por aquele que se encontram no conforto do gabinete para realizar o controle posterior as ações policiais. Ressalta que, ainda que realizando o controle posterior das ações policiais não há de se desconsiderar que a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, em especial, aquelas que habitam em comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda. No tocante a limitar o exercício da polícia exemplifica também que a mera intuição acerca da traficância praticada, embora pudesse autorizar abordagem policial em via pública para averiguação, não configura por si só elemento suficiente para entrada no domicílio sem autorização ou consentimento do morador. A situação corriqueira tratada anteriormente tem inúmeros julgados nesse sentido, dos quais o seguinte vincula o encontro das substâncias uma prova ilícita, pois, de acordo com a teoria

dos frutos da árvore envenenada, toda prova derivada de um ato ou diligência contida de vício, torna-se nula.

O caso em tela a seguir é mais um dos exemplos de fuga o indivíduo em ronda policial se esvaiu do local, entrando em sua residência e tendo esta violada. No domicílio foi encontrado substâncias entorpecentes as quais ensejaram a prisão do mesmo. Ao votar o HC nº 415.332/SP, o relator Min. Rogerio Schietti Cruz faz menção as faltas de elementos constitutivos de fundadas razões para o ingresso, pois a perseguição, por si só, não caracteriza tal justificativa. Menciona o seguinte: “Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da existência de entorpecentes no interior da residência” (BRASIL, 2018b). Assim, decidiu pelo provimento do Habeas Corpus e concedeu ordem para o trancamento do processo.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA. (HC 415.332/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018) (BRASIL, 2018b).

Para melhor conceituar, Rosa (2013, p.124) dispõe:

Nos crimes permanentes há confusão lógica na interpretação prevalente. De fato, o art. 303 do CPP, autoriza a prisão em flagrante nos crimes dessa espécie enquanto não cessar a permanência. Entretanto, a permanência deve ser anterior a violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada. Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique que fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “x”, bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do indivíduo “parecia” que havia droga.

Ao passo que o principal objetivo aqui é desvincular as fundadas razões com o abuso praticado pela autoridade policial, cita-se o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 423.838 – SP que teve como relator Sebastião Rei Júnior (BRASIL, 2018c). O paciente foi abordado em via pública pelos agentes estatais que solicitaram um documento de identificação do indivíduo e este, como não possuía nenhuma identificação consigo do momento, disponibilizou-se a buscá-lo em casa.

Ao chegar na residência do revistado, os policiais sentiram forte cheiro de maconha e, juntamente com o estado nervosismo apresentado ingressaram no domicílio sem mandado judicial, e efetuaram o flagrante.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE ILEGALIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME PERMANENTE. FORTE ODOR DE MACONHA. NERVOSISMO DO PACIENTE. RAZÃO PARA REALIZAR A BUSCA NO IMÓVEL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK (286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME. 1. Consta nos autos que os policiais perceberam o nervosismo do paciente e que ao chegarem à residência, já sentiram um forte odor de maconha, razão pela qual fizeram a busca dentro da residência. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 423.838/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018) (BRASIL, 2018c).

Conforme consta no voto do relator, é de conhecimento a necessidade de fundadas razões para ingresso em domicílio e sabido que tais justificativas podem variar de acordo com as situações e o caso concreto. Ao proferir o voto, o Desembargador ressalta o seguinte:

Razão não assiste ao agravante quanto à pretensão de ser declarada ilícita a busca realizada no imóvel, porque consta nos autos que os policiais perceberam o nervosismo do paciente e que, ao chegarem à residência, sentiram um forte odor de maconha, razão pela qual fizeram a busca dentro da residência. (BRASIL, 2018c).

Foi ressaltado ainda o seguinte:

Vê-se dos autos que 'na residência do paciente foram encontradas, ainda, diversas embalagens vazias de drogas, bem como anotações e contabilidade do tráfico. Além disso, ao ser indagado por ocasião flagrante, o paciente admitiu aos policiais militares que era o gerente do tráfico nas ruas Flamengo e Santana do Parnaíba' – motivação suficiente e idônea para a custódia cautelar. (BRASIL, 2017).

Desta forma, foi negado provimento ao agravo regimental proposto pela defesa, e restou indiciado no crime de tráfico de drogas pela quantidade que o paciente armazenado em sua residência.

O STF se posicionou por meio do Recurso Extraordinário 603616/RO, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes e proferiu a seguinte tese em sede de repercussão geral:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados (BRASIL, 2015).

Resta destacar que em situações de denúncia anônimas, elas por si só não configuram e não constituem embasamento suficiente para legitimar o acesso a residência devendo ser acrescida com elemento adicional. O prestígio da denúncia anônima só será utilizado como elemento desencadeador de procedimento investigatório ou de averiguação. Assim, o Ministro Nefi Cordeiro no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.501 – SP relata sobre a ilegalidade do ingresso em domicílio quando este for amparado apenas por denúncia anônima, uma vez que, esta não configura fundamento para ingresso arbitrário do Estado no âmbito privacional do indivíduo (BRASIL, 2018d).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM ORDEM JUDICIAL E SEM ELEMENTOS MÍNIMOS DE TRAFICÂNCIA NO LOCAL. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.(RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018) (BRASIL, 2018d).

Cumpre salientar que, em que pese tenha sido apreendido significativa quantidade de droga na residência da paciente, é observado a ilegalidade da prisão, pois esta não foi precedida de investigação social ou outro elemento que permitisse a certeza da ocorrência do delito no interior do domicílio. Os elementos de informação para ingresso devem ser idôneos e não podem ser derivados de meios ou formas ilícitas para evitar a contaminação das provas produzidas e legitimar o flagrante a fim de combater a guerra do tráfico de drogas com meios inerentes e intitulados ao Estado.

A alta demanda somada ao número de casos que chegam ao conhecimento dos magistrados no que se refere a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio fez com que criassem parâmetros e precedentes quando os casos tratados anteriormente envolvam denúncia anônima ou fuga do agente. Para isso, o STJ vem utilizando e espalhando diversos julgados como os aqui tratados sobre a falta de fundadas razões para ingresso justificados com base no Informativo 623 o qual dispõe que apenas denúncia anônima somada a fuga do

acusado não configuram e não autoriza o ingresso da autoridade policial em domicílio alheio sem o consentimento ou determinação judicial.

Assim, considera-se ilegal toda e qualquer busca infundada, sem auxílio de investigação ou diligência prévia, sem anuência do morador, sem mandado judicial e baseada apenas em denúncia anônima e/ou fuga. Quando os motivos que ensejarem o ingresso forem insuficientes e infrutíferos para fundar o ingresso, deve a autoridade policial responder nos termos que lhe couber, devendo a autoridade Judiciária expedir imediatamente o alvará de soltura ou revogar a prisão preventiva ou conceder habeas corpus a fim de que seja resguardada a garantia constitucional prevista na Constituição Federal de 1988.

Logo, ao analisar os assuntos e a problematização abordada conclui-se que o tema aqui abordado é alvo de discussão e divergência por possuir certa discricionariedade da autoridade policial que tem a faculdade de realizar o flagrante e, por se tratar de crime permanente, fundamentar e justificar a violação posterior ao ato de ingresso uma vez que, o flagrante é protraído no tempo e pode cessar a qualquer momento sem a intervenção estatal.

5 CONCLUSÃO

A inviolabilidade de domicílio é garantia fundamental assegurada na Constituição Federal de 1988 e garante aos cidadãos o direito a uma vida sossegada, privada e íntima. Isso só é possível porque o legislador tratou de ampliar e tornar a casa como projeção espacial da pessoa como foi abordado no início do trabalho, tendo direito e domínio exclusivo sobre sua propriedade, não admitindo a intervenção de terceiros.

Para isso, basta analisar como os direitos fundamentais progredirão sendo nomeados e conhecidos por gerações ou dimensões, colocando os direitos indisponíveis e irrenunciáveis como prioridade. Desta forma, qualificado por sua importância a fim de harmonizar o convívio social, estabeleceu-se como direitos de primeira geração as garantias relacionadas a liberdade, os direitos civis e políticos que são conhecidos também como direitos negativos pois viabilizam um posicionamento do cidadão perante o Estado. A segunda geração são os direitos voltados a valores sociais, econômicos e culturais. A terceira são direitos ligados fraternidade ou solidariedade, vinculando o desenvolvimento e progresso do meio ambiente, e os direitos de quarta geração compreendem direitos que dizem respeito a democracia e a informação.

Em consequente, foi abordado sobre a prisão em flagrante, e como o Estado utiliza este procedimento para reprimir e garantir a ordem e o progresso. É nítida a visibilidade da prisão como um instrumento constitucional de imediata ação e proteção dos direitos ora assegurados. O principal objetivo da prisão é fazer com que o cidadão tenha seu direito de locomoção restringido como forma de resguardar a ordem jurídica, e, para um melhor desempenho da investigação policial quando assim estabelecido. É considerado flagrante a intervenção de terceiro ou da autoridade policial quando o delito está acontecendo, acabou de acontecer ou ocorreu e o agente foi encontrado com instrumentos, armas ou objetos que façam presumir ser ele o autor da infração ou ainda, nos casos de perseguição, logo após, pelo ofendido ou qualquer pessoas que em situação condizente presuma ser este o autor da infração.

Em que pese a inviolabilidade domiciliar seja garantia assegurada na carta política, é incontestável mencionar que a lei concedeu algumas exceções à inviolabilidade como forma de não proteger aqueles que cometem ilícitos e a fim de

classificar os crimes quanto ao tempo de sua consumação podendo ser permanentes ou instantâneos. Cabe ressaltar que, as prisões em flagrante em crimes instantâneos e permanentes ocorrem no mesmo momento, tendo o primeiro sua consumação em um único momento ou um ato, que se pode citar como exemplo de crime instantâneo o homicídio. Já o crime permanente, a sua consumação protraída no tempo faz com que a flagrância do ato cesse apenas com a inibição da autoridade policial ou de terceiros, que foi alvo do presente trabalho, o tráfico de drogas.

Assim, há a possibilidade de ingresso em domicílio nos crimes permanentes quando o delito estiver ocorrendo dentro da residência que segundo a doutrina e a jurisprudência deve ser amparada em fundadas razões, ou seja, elementos constitutivos do crime sem o prévio ingresso, através de investigação social ou até mesmo quando da via pública for possível presenciar o crime ocorrendo. Já nos crimes instantâneos, a legislação não foi clara o suficiente e não faz diferença entre os tipos de flagrante o que proporcionou alguns doutrinadores a delimitar a possibilidade de violação do domicílio apenas nos casos de flagrante próprio.

Estas formalidades de ingresso e possível prisão em flagrante devem ser analisadas no intuito de reduzir prisões ilegais por policiais e como forma de garantir na íntegra os direitos elencados como fundamentais. Já no âmbito procedimental, tais discrepâncias devem ser analisadas com a finalidade de preservar e valorar as provas encontradas na residência pois de acordo com a teoria da árvore dos frutos envenenados, uma entrada forçosa e ilegal invalida todas as provas obtidas a partir do ingresso acarretando prejuízo aos agentes que podem responder por abuso de autoridade e frustrando a investigação

Resta salientar que há uma grande dificuldade no momento da atuação da polícia para efetuar a prisão devido aos percalços derivados da imagem dos agentes, que muitas vezes são vistos como inimigos do povo pela atribuição da autoexecutoriedade ou coerção. Desta forma, a polícia não deve exercer uma atuação absolutamente repressiva, observando sempre as lacunas e recomendações exigidas pela lei e do entendimento dos Tribunais. Não se quer minorar a importância do domicílio, mas respeitar os limites e utilizar o símbolo do direito, a balança, para pesar o que é devidamente necessário a uma melhor

efetivação da justiça através da segurança pública e com o fundamento de manter ou reestabelecer convivência harmônica na sociedade como um todo.

O objetivo desta monografia foi cumprido, e os resultados alcançados apontam para o esclarecimento do que compreende o termo casa, quais os limites e quais espaços são reconhecidamente consideradas projeções espaciais. Constatou-se não ser uma garantia absoluta havendo exceções quanto ao ingresso em domicílio, e quanto a busca de substâncias no interior da residência. Ressaltou-se o horário em que esses atos devem ser praticados e nas circunstâncias que podem ocorrer que são flagrante delito, desastre, prestar socorro ou ainda, com mandado judicial sempre observado a questão do horário.

Assim, o direito à propriedade é direito fundamental e impossibilita a intervenção de terceiros. Contudo, existe a limitação do flagrante delito, pois a casa mesmo sendo asilo inviolável não pode dar guarida ao criminoso. Destarte, essa invasão não pode ser feita de qualquer forma, devendo ser fundamentada de fundadas razões, ou precedida de investigação policial de forma justificada, fundamentada ou amparada por mandado judicial buscando resguardar os direitos assegurados.

Desta forma, conclui-se que ainda que a propriedade e a inviolabilidade do domicílio sejam direitos fundamentais, estas não servem para dar guarida ao criminoso, razão pela qual admite as limitações de ingresso no flagrante delito, para prestar socorro, desastre ou, amparada por mandado judicial. Mas, entretanto, vale ressaltar que ainda que amparado pelo poder discricionário, não cabe a autoridade policial fazer pré-julgamentos para violar o domicílio sem prévia investigação ou motivação. Destaca-se aqui, que o simples fato de empreender fuga ao avistar a polícia ou o cheiro da substância entorpecente não justificam a invasão da polícia e é tido como ilegal, conforme exposto no julgado apresentado.

Isso não quer dizer que a polícia não possa chegar “metendo” o pé na porta. Por óbvio, esta não é a melhor maneira de abordagem, mas existem situações que o risco em que o agente é posto e o instinto os coloca nessa divergência de condutas entre certo e errado. Afinal, quem neste momento conseguiria fazer uma autoanálise ou decidir o que é certo ou errado? Em determinada situação, o que seria certo ou errado? Quem, em dadas circunstâncias e riscos apresentados de determinada ocorrência faria juízo de valores? Esses são os tipos de

questionamentos que no momento do desempenho da função profissional somado a adrenalina sentida não podem ser otimizados e intensificados.

Por isso, este tipo de entrada forçosa deve ser justificado a posteriori. Tratando-se destes casos que a situação vivenciada for excepcional e não houver meio de concessão da ordem judicial é permitido que a autoridade policial atue dentro dos limites devendo ser comunicada a autoridade judiciária no prazo de 24 horas sob pena de relaxamento da prisão ou, posteriormente, absolvição do réu.

A presente pesquisa demonstra que, apesar de serem garantias asseguradas constitucionalmente em favor do cidadão estas não podem ser usadas como meio de proteger o criminoso, mas também devem resguardar os direitos, a igualdade e a justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 95, abr. 2012.

ANDRADE, Andressa Paula de; *et al.* Tráfico de drogas como delito permanente e possibilidade de flagrante atemporal versus direito fundamental à inviolabilidade domiciliar: (im)possibilidade de controle do poder punitivo. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, UNIOESTE/MCR, v. 15, n. 28, p. 219-233, 2015.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas**: uma aproximação crítica. 2016. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43786.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e apreensão e a justa causa visível ou provável. *In*: HOFFMANN, Henrique *et al.* **Polícia Judiciária no Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal**: parte especial, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 15. Ed. ver. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas**: Comentários à Lei 11.343/06. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2015.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; [...] define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 104.682/MG. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 13/12/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1786808&num_registro=201802835362&data=20190204&formato=HTML. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Habeas Corpus nº 188195 DF 2010/0193763-8, Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Data de Julgamento: 27/09/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1092511&num_registro=201001937638&data=20111028&formato=HTML. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Recurso Especial 1574681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Julgado em 20/04/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1575162&num_registro=201503076023&data=20170530&formato=HTML. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Habeas Corpus 415.332/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1740093&num_registro=201702285291&data=20180821&formato=HTML. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 423.838/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis

Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/02/2018. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>
 ncial=1672988&num_registro=201702889166&data=20180219&formato=HTML.
 Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>
 ncial=1633613&num_registro=201700916243&data=20180405&formato=HTML.
 Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Recurso Extraordinário 603616, Rondônia. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 05/11/2015. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>.
 Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas do STF**. Súmula 15: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>.
 Acesso em: 20 out. 2019.

BULOS, UadiLamnêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Pedro de. **Direito penal aplicado: parte especial do código penal** (arts. 121 a 361). 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Volume 1: parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2.ed. Bahia: Juspodivm: 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017.

LOBATO, Anderson Oreste Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 6, n. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176384>. Acesso em: 20 set. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACIEL, Silvio. Abuso de autoridade. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Parte Especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência**. Apelação nº 0189866-10.2009.8.19.0001. Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 17/12/2009. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003C73A426A7E774F231D9DCCE02811A62998C40233194B>. Acesso em: 20 out. 2019.

RODRIGUES, Rubia Spirandelli. **A inviolabilidade de domicílio em face da constituição federal**. 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it/a-inviolabilidade-de-domicilio-em-face-da-constituicao-federal>. Acesso em: 17 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROVER, Tadeu. **Fuga de ronda policial, por si só, não autoriza invasão de casa sem mandado**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-21/fuga-ronda-policial-nao-autoriza-invasao-casa-mandado>. Acesso em: 28 out. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2 ed. São Paulo: APMP, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Biblioteca_Virtual/Livros_Digitais/APMP%203330_Lei_de_drogas_Cesar%20Dario.pdf. Acesso: 04 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Marcelo Cardoza da. **A prisão em flagrante na Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9.ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado (arts. 1º a 393)**. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VITOR, Paola Andrade. **Inviolabilidade de Domicílio**. Artigo Científico (Curso de Direito). Faculdade de Varginha. Varginha: FADIVA, 2017. Disponível em: <https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2017/12.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Os novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflitualidades jurídicas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. Volume 1. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.